

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Febrero de 1942

Núm. 165

Faltas subsanables e insubsanables

I

EL FIN DEL REGISTRO Y LA CALIFICACIÓN

La creación de nuestro sistema hipotecario en 1861 obedeció a una finalidad claramente puesta de relieve por los expositores de motivos: las leyes vigentes a la sazón no garantizaban suficientemente la propiedad, ni asentaban sobre sólidas bases el crédito territorial, ni daban actividad y circulación a la riqueza (1). Era urgente sustituirlas por otras que "diesen firmeza, seguridad y estabilidad a la propiedad territorial y a cuantos derechos se derivasen o relacionasen con ella" (2). Para la consecución de este fin, la nueva Ley creó, como instrumento imprescindible, el Registro de la Propiedad: en él habría de tomarse razón de los derechos sobre inmuebles, y de este modo tales derechos quedarían suficientemente protegidos o, al menos, así lo creyeron los autores de la Ley. Tal protección se conseguía dando a los derechos acogidos al nuevo sistema una consideración privilegiada (3).

Precisamente porque los derechos registrados adquieren un rango

(1) Exp. de mot. del Real decreto de 8 de agosto de 1855 y de la ley de 8 de febrero de 1861.

(2) Oliver: *Derecho inmobiliario español*, tomo I, pág. 351.

(3) "La inscripción en nuestra Patria no reviste el carácter de sentencia definitiva y firme, pero crea una situación privilegiada superior a las protecciones posesorias y a las presunciones emanadas de la titulación auténtica".—J. González: *Principios*, pág. 269.

preponderante, es preciso establecer ciertas limitaciones para el ingreso de derechos en el Registro, señalando:

- 1.º Qué derechos son susceptibles de inscripción.
- 2.º Qué circunstancias han de reunir los derechos protegibles para ser protegidos.

En cuanto a lo primero, basta atenerse al propósito y finalidad de la Ley para saber de qué especie de derechos había de tomarse razón en el Registro: para el amparo de los derechos reales inmobiliarios se estableció el nuevo ordenamiento, porque las antiguas leyes estaban "condenadas por la Ciencia y por la Razón"; luego, en principio, sólo los derechos reales inmobiliarios podían entrar en el recinto especialmente protegido, puesto que para ellos se ideó el nuevo sistema.

Respecto a lo segundo, se dijo en la Exposición de Motivos que "el Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva". La imprecisión de esta frase y su insuficiente desarrollo legal y reglamentario ha dado lugar a grandes dudas, de que oportunamente habremos de ocuparnos. Pero, en principio, estimamos que esta segunda nota no es distinta de la anterior: lo que carece de valor jurídico, "lo que no tiene fuerza coactiva", no es en Derecho mas que una apariencia.

Consecuencia de ello es que la protección registral debe acoger a todos los derechos reales inmobiliarios, y sólo por el hecho de ser derechos de esta especie. Pensar que pueden existir derechos reales inmobiliarios no susceptibles de ser inscritos, es tanto como crear derechos reales de segunda categoría, contradiciendo el propósito y finalidad de la ley Hipotecaria, que quiso proteger a todos los derechos de esta especie. Es cierto que los derechos pueden llegar a la vida jurídica afectados de defectos más o menos graves; en tal caso, enfocando el problema en términos generales y tomando como punto de partida exclusivamente la finalidad de nuestra legislación inmobiliaria, la solución debe, a nuestro juicio, ser la siguiente: el defecto de que adolezca el derecho en cuestión podrá ser tan grave que impida su nacimiento o le haga perder su naturaleza real; si tal acontece, el mecanismo registral ni deberá ni podrá ponerse a su servicio. Por el contrario, la falta no priva al derecho de su naturaleza ni impide su nacimiento: entonces, las protecciones legales deben ponerse en marcha; ahora bien, esta protección, tan eficaz, en principio, como la de cualquier derecho

sin tacha, requiere, para su subsistencia, la enmienda de lo mal hecho. En interés de los derechos inscritos, del propio derecho defectuoso y de la misma institución registral, cuanto ésta protege debe hallarse purificado. No se puede negar al derecho real defectuoso su ingreso en el Registro; debe obtener una protección provisional y la indicación del medio para llegar a la definitiva; si, señalado el remedio, no se produce la corrección, este no hacer es tanto como la renuncia a la garantía del Registro; garantía que nuestro sistema no impone, sino que ofrece para quienes a ella quieran acogerse voluntariamente.

Reconocida la necesidad de una censura previa, surge la precisión de colocar al frente del Registro un funcionario público encargado de la misma. Su función, en general y de acuerdo con lo dicho, será conseguir la protección (provisional o definitiva) de los derechos reales que se acojan al régimen registral; y, por otra parte, impedir el ingreso en el Registro de cuantos derechos carezcan de naturaleza real (1): éste, y no otro, habrá de ser el fundamento de la calificación por la que se deniegue un asiento.

II

LAS FALTAS: SUS ESPECIES

De lo dicho en el epígrafe anterior se infiere la importancia que tiene para nuestro sistema inmobiliario la facultad calificadora del Registrador de la Propiedad. En definitiva, cuando éste deniega la inscripción de un derecho, emite un fallo relativo a la naturaleza jurídica del derecho en cuestión y, en su consecuencia, lo priva de las defensas especiales. Pero el término de la calificación no siempre es una de las soluciones extremas—admitir o denegar la inscripción—, sino que existe una meta intermedia a la que puede llegar el juicio del en-

(1) Salvo aquellos casos en que la ley disponga lo contrario. Refiriéndose al Derecho alemán, dice Nussbaum: "El Registro está exclusivamente destinado a proclamar los derechos reales constituidos sobre inmuebles; los derechos personales o simples obligaciones, aunque se encaminen a la constitución de un derecho real inmobiliario, no afectan, por su naturaleza, al Registro. Sin embargo, para facilitar al acreedor una más amplia protección en estos casos y otros semejantes, permite el Código civil que los derechos encaminados a la constitución, modificación o extinción de una relación real sobre inmuebles puedan acogerse al Registro, mediante un asiento especial a que se da el nombre de anotación preventiva".—*Trat. de Derecho hipotecario alemán*, pág. 51.

cargado del Registro: la suspensión de la inscripción. La causa en que ha de fundarse el dictamen, para llegar a una u otra solución, es la cualidad de la falta apreciada en el derecho cuya inscripción se pretende. Y comoquiera que los efectos que se producen, según la solución a que se llegue—denegación o suspensión—, son de la máxima trascendencia, se deben hacer dos grupos perfectamente diferenciados e inconfundibles de los defectos o faltas que puedan afectar a los derechos. Y la nota diferencial deberá buscarse en algo muy principal, en la misma entraña del sistema, para que exista la debida proporción entre la causa y el efecto.

En nuestro ordenamiento hipotecario, no obstante la importancia y trascendencia de la distinción aludida, reina una gran desorientación y falta de fijeza. Existe un artículo de la ley Hipotecaria, del que habremos de ocuparnos inmediatamente, que trata de plasmar la distinción y regular sus efectos; pero su imprecisión técnica y, más aún, la frecuencia con que ha sido desechado como absolutamente inservible, han dejado a esta importantísima cuestión en una semiorfandad legal, deficientemente suplida por la casuística, y a veces contradictoria doctrina, del Centro directivo. Y es más de lamentar esta laguna legal si se tiene en cuenta que paralela a la importancia del problema es la frecuencia de su planteamiento en la práctica registral.

a) *El artículo 65 de la ley Hipotecaria.*—Nuestra ley Hipotecaria, consciente de la importancia de la diferencia aludida, quiso distinguir los defectos de que pueden adolecer los derechos que se intentan inscribir con las dos definiciones del artículo 65: "Serán faltas subsanables las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida", y "serán faltas no subsanables las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligación".

Como más adelante habremos de referirnos a algunas opiniones de nuestros autores y comentaristas respecto a la inteligencia del precepto legal transcrito, y, a la vez, relacionarlo con otros, vamos ahora a ver cuáles son las consecuencias a que puede llegarse atendiendo exclusivamente a las ideas contenidas en este artículo.

Del párrafo primero se deduce que, para calificar de subsanable una falta, han de concurrir los siguientes requisitos:

- 1.º Que el defecto afecte al título.
- 2.º Que no produzca necesariamente la nulidad de la obligación.

El párrafo tercero del citado artículo 65 sólo exige un requisito para que un defecto sea calificado de insubsanable: que produzca necesariamente la nulidad de la obligación.

Tenemos, pues, atendiendo a este artículo exclusivamente, dos grupos de faltas perfectamente diferenciados; pero éstos no agotan los supuestos posibles, y, precisamente por ello, son los defectos no comprendidos en los supuestos claramente regulados los que ofrecen más dificultades de tipificación. Estos supuestos son:

1.º Faltas que afectan al título y producen, necesariamente, la nulidad de la obligación.

2.º Faltas que afectan a la obligación y no producen, necesariamente, su nulidad.

Veamos en qué grupo se pueden incluir estas faltas, utilizando también para ello el artículo 65.

b) *Faltas que afectan al título y producen necesariamente la nulidad de la obligación.*—Dos problemas fundamentales plantea el estudio de este grupo de faltas:

1.º Si es posible, en nuestro sistema jurídico-civil, que una falta del título pueda acarrear necesariamente la nulidad de la obligación contenida en él.

2.º En el caso de que la existencia de estas faltas sea posible, averiguar si deben considerarse subsanables o insubsanables.

a') *Cuestión relativa a su existencia.*—Desde el punto de vista positivo, la existencia de este grupo de faltas debe considerarse incuestionable. La ley Hipotecaria partió precisamente de esta posibilidad para definir las faltas subsanables en el art. 65. Porque si los defectos que afectan al título no pudiesen producir en ningún caso la nulidad de la obligación, al párrafo primero del art. 65 le sobraría su última parte. La ley Hipotecaria hubiera dicho, simplemente: son faltas subsanables las que afectan a la validez del título. Pero la Ley no se ha quedado así, sino que añade: "sin producir necesariamente la nulidad de la obligación"; lo cual demuestra que para la Ley es posible esta nulidad, producida por defectos del título (1).

(1) Dicen Galindo y Escosura: "Para sostener que la ley Hipotecaria comprende en la categoría de faltas subsanables todas las que se cometan contra las formas externas del documento, necesario sería borrar las frases condicionales de los artículos 65 de la ley Hipotecaria y 57 del reglamento y sustituirlas por otras absolutas. El primero dice que son faltas subsanables las que afectan a la validez del

Ahora bien: si nos salimos del marco de nuestra ley Hipotecaria y acudimos al Código civil en busca de supuestos sustantivos, sólo podremos encontrarlos con carácter excepcional, siendo la regla general contraria a la posibilidad que estudiamos. En efecto, admitir que un defecto del título tiene virtualidad suficiente para producir la nulidad de una obligación, es tanto como afirmar que el título es elemento esencial de la obligación (1); y en nuestro sistema jurídico-civil, a partir del Ordenamiento de Alcalá, que consagró el principio espiritualista (2), los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado (art. 1.278 del C. c.). Es decir, que los títulos, en nuestro sistema civil, no son elemento esencial de la obligación, por lo cual éstas pueden subsistir cuando aquéllos desaparezcan, y aun existir cuando no hubieran sido confeccionados. Pero, como advertíamos, esta es la norma general, de la que son excepción los llamados por la doctrina contratos solemnes, en los que la forma—título—es tan importante, que el negocio no puede existir sin ella (3).

De lo que se infiere que, aunque sea con carácter excepcional, los defectos del título pueden dar lugar a la nulidad de la obligación en algunos casos: cuando se trata de contratos solemnes; v. gr.: si una escritura de constitución de hipoteca adolece de un defecto que produce su nulidad como tal escritura pública, nula será también la hipoteca (artículos 146 l. H. y 1.875 C. c.); si se pacta un contrato de capitulaciones matrimoniales sin ajustarse a la forma prescrita en el artículo 1.321 del Código civil, o, aun ajustándose a ésta, es defectuosa

título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida; luego aquí se reconocen dos cosas: que hay faltas que afectan a la validez del título, produciendo necesariamente la nulidad de la obligación, y que estas faltas no son subsanables".—*Com. a la leg. hip.*, t. II, págs. 723 y sigs.

Barrachina: "Los defectos del título pueden afectar de una manera tan íntima a la obligación, que lleven consigo su nulidad necesaria".—*Der. hip. y not.*, t. I, página 206.

Díaz Moreno: "Los títulos pueden hallarse viciados de imperfecciones, unas graves y otras leves, determinando en el primer caso una dificultad en inscribirlos, y en el segundo un obstáculo insuperable, pero que en ambos casos el vicio trasciende a la obligación, por cuanto ésta no pueda inmediatamente registrarse o no pueda registrarse nunca con el mismo título si el defecto fuese insubsanable."

(1) "Nulidad: Defecto consistente en la carencia total de uno de los requisitos esenciales para la existencia".—De Diego.

(2) "Sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro o facer contrato con él".—Ley única, tit. XVI.

(3) Cfr. S. del T. S., 10 marzo 1912.

—nula—la escritura, nulas serán las obligaciones en él establecidas.

Demostrada la posibilidad de que las faltas del título produzcan de modo necesario la nulidad de la obligación, en algún caso, y sin perjuicio de que después insistamos en esta cuestión refiriéndonos a los contratos no solemnes, vamos a estudiar lo relativo a la calificación de este grupo de faltas.

b') *Cuestión relativa a su calificación.*—Ya vimos que el artículo 65 de la ley Hipotecaria, no refiriéndose de un modo concreto a las faltas que afectan al título y producen necesariamente la nulidad de la obligación, puede producir la duda respecto a si deben calificarse tales defectos de subsanables o de insubsanables. Sin embargo, la catalogación de las mismas puede inferirse, a nuestro juicio, sin mucha dificultad, del artículo citado. En efecto, si para ser subsanable una falta es preciso, según decíamos anteriormente, que afecte al título y que no produzca necesariamente la nulidad de la obligación (art. 65, p. 1.º ley Hipotecaria), si estos dos requisitos no concurren y la falta existe, será necesario incluirla en el otro único grupo de faltas reconocidas por la Ley; es decir, habrá de considerarse como insubsanable. Y habrá de ser así no sólo atendiendo al párrafo primero del art. 65 y aplicando el principio *inclusio unius exclusio alterius*, sino teniendo en cuenta el párrafo tercero del mismo artículo, según el cual son faltas no subsanables las que produzcan la nulidad de la obligación, cualquiera que sea su procedencia. “No tan sólo—como dicen Galindo y Escosura—las que la produzcan por afectar a las circunstancias que ha de reunir el contrato para su validez, sino todas las que la produzcan, encuéntrase en el contrato o en el instrumento que lo contiene” (1).

Queda, pues, dilucidado lo relativo a la existencia de faltas que afectan al título y producen necesariamente la nulidad de la obligación y su calificación. Pero cuando estudiábamos el primer problema llegamos a la conclusión de que, cuando se trataba de contratos solemnes, la nulidad del título producía la nulidad de la obligación, y aplazamos entonces el estudio, a este respecto, de los contratos no solemnes, para hacerlo ahora, después de habernos ocupado de la calificación.

c') *Las faltas de forma en los contratos no solemnes.*—Ya anticipábamos que, atendiendo al criterio de nuestro Código civil (artículo 1.278), la nulidad del título en los contratos no solemnes no lleva aparejada la nulidad de la obligación, pues en ellos “la fuerza obliga-

(1) Ob. y loc. citis.

toria no depende de su otorgamiento" (1). Este sistema, que parecía superado por la técnica jurídica moderna, ha sido ratificado en toda su pureza por la Ley de 1.º de abril de 1939, cuyo artículo 3.º se ocupa de la cuestión que estudiamos (2) y considera en su preámbulo que "el criterio formalista que impone la declaración de nulidad de los actos y documentos (!) por infracción de los requisitos de forma, es arcaico e incompatible con el imperio de la voluntad como norma creadora del derecho".

Siendo esto así, lo más lógico es pensar que el primer cuidado del Registrador al calificar un título será averiguar si se halla o no ante un contrato solemne (3), para saber, en consecuencia, con qué rigor debe atender a la forma. Por ejemplo: se presenta en el Registro un contrato de constitución de censo enfiteútico, en la cual el Notario autorizante, en lo relativo a la fe de conocimiento, se limita a afirmar que no conoce a los otorgantes; el Registrador califica de insubsanable la falta, aduciendo, para fundamentar su criterio, que la escritura es nula por disposición del párrafo tercero del art. 27 de la Ley Orgánica del Notariado, y que sin escritura pública no puede constituirse válidamente la enfiteusis (art. 1.628 C. c.). Pero supongamos que no se trata de un contrato solemne, sino consensual: una compraventa en la que concurren las mismas circunstancias que en la constitución del censo enfiteútico a que antes nos referimos. Si hubiéramos de atenernos a las razones y preceptos expuestos anteriormente, como los defectos del título no afectan a la obligación, en este tipo de contratos la falta debería calificarse de subsanable. Y, sin embargo, la Dirección General ha considerado que en este caso procede denegar la inscripción, por ser insubsanable el defecto (4). De igual modo se estima insubsanable la falta que supone el que el Notario intervenga en una compraventa como

(1) Cfr. sentencia T. S. de 27 enero 1909. En el mismo sentido, entre otras sentencias, 4 julio 1899, 19 enero 1904, 12 julio 1904, 4 febrero 1905, 20 octubre 1908, 17 abril 1909, 21 diciembre 1928.

(2) "Los defectos de forma padecidos en los documentos notariales *intervivos* podrán ser subsanados por el Notario autorizante o a instancia de la parte que los hubiere originado, por medio de un acta notarial en que se haga constar el defecto, su causa y la declaración que lo subsana. Si por fallecimiento o por transcurso del tiempo, fuera imposible hacer la subsanación, se podrá obtener por, cualquier medio de prueba admitido en Derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente."

(3) La distinción no siempre sería fácil, pues la doctrina no señala con unanimidad cuántos y cuáles son.

(4) Resoluciones 17 enero 1876, 19 abril 1880.

autorizante y como vendedor (1). Y los comentaristas de nuestra ley Hipotecaria consideran faltas insubsanables—entre otras menos interesantes para nuestro estudio—la de no estar firmada y signada la matriz, la falta de competencia del Notario autorizante, el no hallarse redactada en castellano una escritura otorgada en España, etc. (2).

En los supuestos enumerados se atiende, para calificar de insubsanables: las faltas, al hecho de que produzcan la nulidad del título; pero esta doctrina se halla en flagrante contradicción con el art. 65 de la ley Hipotecaria, ya que se califican de insubsanables defectos que no producen necesariamente la nulidad de la obligación.

No ha faltado quien busque justificación a este criterio: Galindo y Escosura, refiriéndose a los títulos que contienen alguna disposición a favor del Notario, dicen: "Declara el art. 27 de la Ley del Notariado la nulidad de las escrituras, y aun cuando pudiera decirse que la obligación o el acto eran en sí válidos porque producían efectos si se extendiese otro documento que no autorizase el Notario favorecido, ya hemos dicho que la obligación volvería a contraerse de nuevo; pero, mientras conste sólo en la escritura defectuosa, no tendría fuerza coactiva, ni el documento que la contuviese podría ser anotado ni subsanado" (3). Este razonamiento es inadmisibles, dado con carácter general: si se trata, por ejemplo, de una compraventa, la escritura será nula, mas ello no impide que el contrato siga siendo tan válido como antes, y tendrá, ¡qué duda cabe!, fuerza coactiva; no como escritura, que no existió nunca, sino como contrato privado; y el Notario comprador podrá exigir que se le entregue la cosa comprada; y, aun en contra de la voluntad del vendedor—lo que demuestra la subsistencia del contrato primitivo—, podrá exigir el otorgamiento de nueva es-

(1) Resoluciones 16 mayo 1867 y 24 abril 1906.

(2) Cfr. Morell: *Com. a la leg. hip.*, III, 228 y sigs. Galindo y Escosura: Obra y tomo citados, 756 y sigs.

No conocemos que con posterioridad a 1 de abril del 39 se haya dictado ninguna resolución relacionada directamente con este problema; pero, no obstante el aparente radicalismo de la nueva ley, no podrán, a nuestro juicio, utilizarse los procedimientos subsanatorios establecidos en la misma, en algunos de los casos cuya calificación ofrecía mayores dificultades, verbigracia: falta de competencia del Notario, falta de las firmas de los otorgantes, falta de firma y signo del Notario, contener el instrumento disposiciones a favor de éste o de sus parientes. Sí podrán aplicarse a los supuestos en que el Notario no dé fe de conocimiento; pero esto no supone novedad, pues ya se regulaba en la Real orden de 13 julio 1883 y artículo 189 del reglamento notarial. El estudio detenido de la nueva ley lo aplazamos para un trabajo posterior.

(3) Ob. y t. cit., 747 y sigs.

critura (art. 1.279 C. c.); que no contendría un nuevo contrato, pues si tal ocurriese, sería preciso contar con la voluntad del vendedor, que, como dice muy bien el art. 1.279, puede ser *compelido* a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido—en el contrato originario—el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

Posición contraria a la de Galindo y Escosura sustenta Morell y Terry, quien toma como base para sus razonamientos el art. 57 del Reglamento Hipotecario de 1870 (1) y llega a la conclusión de que “si el defecto está tan sólo en el documento, aunque sea nulo, la falta ha de considerarse subsanable” (2). Pero, poco consecuente este autor con su radical opinión, califica después de insubsanables faltas que afectan al título, aunque él procure desplazarlas a otro lugar. Dice, por ejemplo: si en el documento no existen las firmas de los interesados, no hay acto inscribible, porque no consta el consentimiento; el acto es inexistente, y en lo que no existe no cabe subsanación (3). Esto no lo consideramos exacto: el consentimiento puede existir sin las firmas de los interesados y aun sin el documento; y si el Notario da fe de que ante él los otorgantes manifestaron su conformidad con el contenido del documento, el consentimiento consta; de no admitir como cierta la aseveración del Notario, toda la institución notarial y buena parte de la registral se vienen abajo. Se nos podrá decir, en contra, que el Notario sólo merece fe en lo que hace constar en documento público, y el documento citado no es público, porque es nulo (art. 27, p. 3.º de la Ley del Notariado). Cierto; pero entonces la insubsanabilidad de la falta es motivada por la nulidad del instrumento (4), y esto no lo admite

(1) “Artículo 57. Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y hacer o no, en su consecuencia, una anotación preventiva según lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la ley, atenderá el Registrador a la validez de la obligación consignada en el título. Si ésta fuera nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorgan u otra causa semejante, independiente de su forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable. Si la obligación fuere válida, atendidas las circunstancias dichas, y el defecto estuviere tan sólo en la forma externa del documento que la contenga, y que se pueda reformar o extender de nuevo, a voluntad de los interesados en la inscripción, se tendrá por subsanable la falta.”

(2) Ob. y t. cits., 189.

Moscoso del Prado sostiene una posición más radical aún: “Debe considerarse insubsanable aquel defecto que, aun afectando a la validez de la obligación, pueda subsanarse por un acto posterior”.—*Trat. de leg. hip.*, pág. 63.

(3) Ob. y t. cits., 191.

(4) Oportunamente trataremos de demostrar que la falta en cuestión es insubsanable, precisamente porque el instrumento es nulo.

Morell. Y la tesis de Morell llega a hacerse absolutamente insostenible cuando el art. 57 del antiguo Reglamento es sustituido por el 118 del vigente. Ante esta reforma adopta Morell una postura derrotista y llega, en su desánimo, a afirmar que del art. 65 de la Ley y 118 del Reglamento "cada Registrador podrá sacar, atendiendo al contenido y a las formas y solemnidades del título, las consecuencias que sean más pertinentes y razonables" (1). Añade, después, que podrá seguirse sosteniendo que para que exista defecto subsanable es preciso que la falta sea independiente de la forma externa del documento, pero que, no obstante, cree que el espíritu del precepto quiso establecer como principio que las faltas insubsanables pueden derivarse también del título.

En resumen, que partiendo Morell de una posición diametralmente opuesta a la de Galindo y Escosura, llega a una solución similar, pero extremadamente imprecisa, pues nada se consigue con saber que los defectos subsanables pueden proceder del título, si no se especifica en qué casos y por qué razones ocurrirá esto. Y no puede admitirse la última advertencia que, a modo de consejo, hace Morell: Sólo deberán considerarse insubsanables las faltas de forma "cuando la Dirección, de un modo uniforme y constante, haya resuelto sobre casos especiales en los que, a su juicio, exista esa necesaria nulidad de fondo, aun derivada del título o documento" (2). Si la doctrina de la Dirección General no puede equipararse a las Sentencias del Tribunal Supremo (3), mucho menos podrá darse valor de Ley (4), que es a lo que, en definitiva, llega este autor (5).

Con lo expuesto creemos que queda demostrada la desorientación y contradicciones que reinan en la cuestión que estudiamos, sobre la que no han arrojado mucha luz las disposiciones reglamentarias ni las Resoluciones de la Dirección General (6).

Una de las causas del confusionismo existente ha sido que en la Ley y por la doctrina se emplea la palabra *subsanar* en dos sentidos,

(1) *Ob. y t. cits., 195.

(2) Ibídem, 196.

(3) Cfr. sents. 10 julio 1916 y 24 enero 1928.

(4) Cfr. J. González: *Estudios de Der. hip.*, pág. 346.

(5) Llega a solución parecida a la de Morell, Campuzano y Horma: *Elementos de Der. hip.*, 2.^a edic., t. II, págs. 52 y sigs.

(6) Compárense las resoluciones citadas anteriormente con la de 31 mayo 1878, artículo 37 del Reglamento 1870, Real orden 13 junio 1883, artículo 19 de la ley Hipotecaria y 77 del Reglamento hipotecario.

como observan Galindo y Escosura: "Unas veces en el genérico y vulgar, que expresa la posibilidad de enmienda material de los defectos de cualquier modo que se verifique, y otras en sentido técnico" (1). En la primera acepción, subsanar es tanto como componer o enmendar lo mal hecho, y subsanable, lo susceptible de ser enmendado o corregido, pero sin tener para nada en cuenta el medio empleado para la corrección o enmienda, ni sus efectos. El sentido técnico de las palabras *subsanable* y *subsanar* no puede ser otro que el que se infiera del artículo 65 de la Ley y sus concordantes. Como ambas acepciones no coinciden y es la primera mucho más amplia que la segunda, se ha podido hablar en la doctrina de defectos absoluta y relativamente insubsanables (2). Y esta duplicidad de conceptos ocasionó graves confusiones, principalmente en algunas resoluciones antiguas, en las que se *deniega* la inscripción de un título por adolecer de defectos subsanables (3), o no se permite la anotación preventiva de un título susceptible de ser subsanado (4). A nosotros nos interesa únicamente la acepción técnica de subsanabilidad, pues sólo atendiendo a este concepto se producen los efectos del art. 65 de la ley Hipotecaria.

Concretada la terminología, y ante la insuficiencia del art. 65 para averiguar la especie de faltas a que corresponden las que afectan al título y producen su nulidad, habrá que indagar en los fundamentos de nuestro sistema y atender a los efectos que la inclusión de una falta en uno y otro grupo produce, para lograr su concepto.

Desde el punto de vista histórico, la Real Orden de 23 de septiembre de 1862 nos indica cómo se pensaba inmediatamente de publicarse la Ley con relación a este problema. En él se daba un concepto de las faltas subsanables, diciendo que son "las que consistan en no expresar las circunstancias que, según la Ley, debe contener la inscripción, *siempre que el documento sea válido*". Se establece, pues, la necesidad de que el documento sea válido para que el defecto pueda calificarse de subsanable: de lo cual se infiere que si el documento es nulo, la falta es insubsanable. No puede considerarse esta disposición, ni por su rango ni por su fecha, suficiente para decidir la cuestión, pero no ocurre otro tanto con el art. 3.º de la ley Hipotecaria, fundamental en nuestro sis-

(1) Ob. y t. cit., 767.

(2) Morell: Ob. y t. cit., 271.

(3) Resoluciones 17 febrero 1880 y 22 diciembre 1875.

(4) Resolución 16 septiembre 1863.

tema. Este artículo, por razones que no hemos de examinar, impone, para que pueda inscribirse un título en el Registro, su consignación en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico. Y si la escritura —o documento de cualquier clase— es nula, no es escritura ni puede inscribirse sin infringir el taxativo mandato del art. 3.º. Podría objetarse que, calificada de subsanable una falta, no se inscribe el título, sino que se anota preventivamente; y la Ley permite las anotaciones mediante documentos no comprendidos en el art. 3.º. Ciertamente; pero así ocurre, excepcionalmente, cuando la Ley lo autoriza, y estamos seguros que ningún Registrador practicará un asiento en virtud de un documento privado, sin tener un precepto legal que específicamente autorice aquel asiento por tal medio. Luego, ateniéndose al art. 3.º, cuando los títulos adolezcan de un defecto que produzca necesariamente su nulidad, habrá de calificarse la falta de insubsanable, puesto que ni podrá inscribirse ni anotarse preventivamente.

A esta interpretación—de que la nulidad del título da lugar a falta insubsanable—, aunque sin generalizarla y a veces por caminos extraviados, llegan algunos de los intérpretes de nuestra ley Hipotecaria. Ya hemos visto cómo Morell, enemigo en principio de esta posición, la acepta en casos particulares. Aunque con fundamento equivocado, pero de modo más general, son partidarios de ella Galindo y Escosura. Y también la aplica a casos particulares, aunque no la mantenga íntegramente, Barrachina (1).

En la última parte de este trabajo insistiremos en la solución a que hemos llegado, para fundamentarla.

c) *Faltas que afectan a la obligación, sin producir necesariamente su nulidad.*—La existencia de este grupo de faltas presenta menos dificultades que la del anteriormente estudiado, puesto que lo resuelve el Derecho civil, aunque con técnica imprecisa, hasta tiempos muy recientes. La doctrina jurídica y jurisprudencia modernas distinguen dos

(1) “Si el Notario no tenía fe en el lugar donde se otorgó la escritura; si aun teniéndola, no concurrieron a su formalización los testigos en el número prevenido, la enfermedad es mortal de necesidad, la falta es insubsanable... El criterio más seguro para distinguir las faltas insubsanables de las subsanables que afectan al título está en las condiciones que debe revestir éste; impuestas por la ley bajo pena de nulidad en el primer caso, y sin semejante sanción en el segundo.”—Ob. y t. citados, 208.

Con mayor generalidad dicen Beraud y Lezón: “Cuando la falta produce la nulidad del instrumento es insubsanable, porque ni puede reformarse él ni la falta enmendarse extendiendo otro nuevo”.—*Leg. hip.*, II, 44.

especies de ineficacia o invalidez del negocio jurídico: nulidad y anulabilidad (1). La primera impide al negocio producir sus efectos propios y significa que se celebró el contrato con ausencia total de alguno o algunos de los requisitos esenciales del mismo, mientras que el negocio anulable produce el efecto a que se dirige, por cuanto contiene los requisitos esenciales del mismo; pero, en virtud de estar afecto alguno de sus elementos de un vicio, el negocio puede ser impugnado, con la consecuencia de ser declarado nulo (2). Luego si, en los casos de simple anulabilidad, el defecto no produce de modo necesario la ineficacia del negocio, puesto que puede éste purgar sus defectos por confirmación o prescripción sanatoria, nos hallaremos ante supuestos susceptibles de ser incluidos en el grupo de faltas que estudiamos.

Lo que ofrece algunas dificultades es la calificación de tales defectos: el art. 65 de la ley Hipotecaria no se refiere de forma concreta a ellos, aunque del mismo puedan obtenerse conclusiones interesantes: por lo pronto, puede afirmarse que cuando la falta no anula la obligación, no puede calificarse de insubsanable sin infringir el párrafo tercero del precepto citado. Y siendo así, hay que optar por una de estas dos soluciones: o la falta es irrelevante desde el punto de vista registral, o debe ser calificada de subsanable. Lo primero no nos parece aceptable, pero es preciso reconocer que algunas resoluciones del Centro directivo, y aun ciertas disposiciones reglamentarias, dan pie para llegar a esta solución.

Las resoluciones y preceptos a que acabamos de aludir se refieren a los negocios jurídicos concluidos por mujer casada, sin licencia marital, en los supuestos en que ésta es necesaria para la plena eficacia del negocio. No obstante el carácter anulable de los mismos (arts. 61, 62 y 65 del C. c.), tiene resuelto la Dirección General que el defecto en cuestión no es subsanable ni insubsanable..., y el título debe inscribirse, cuidando de que en el asiento aparezca claramente la falta de licencia marital (3). A la misma solución puede conducir el párrafo tercero del art. 169 del vigente Reglamento Notarial. No faltan resoluciones en que se considere que no se hallan tales títulos extendidos

(1) Respecto a la cuestión terminológica, cfr. Pérez y Alguer: *Anot. al trat. de Derecho civil de Enneccerus*, I, 2.º, 362; y Castán: *Der. civ. (Notarías)*, 2.ª edición, II, 148.

(2) Cfr. sents. 25 abril 1924 y 30 noviembre 1909.

(3) Resolución 22 agosto 1894. En el mismo sentido, resoluciones 25 agosto 1911 y 15 diciembre 1933.

con arreglo a las solemnidades legales (1), pero éstas difícilmente podrán repetirse, una vez vigente el Reglamento de 8 de agosto de 1935.

Esta doctrina, que considera inscribibles los contratos realizados por la casada sin licencia, nos parece muy peligrosa (2). Va, desde luego, contra principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario, y concretamente contra el de legalidad. Podrá aducirse en contrario que basta para proteger los derechos de terceros adquirentes con que en la inscripción conste la falta de licencia. Pero mediante sucesivas generalizaciones de este argumento se llegaría a admitir en el Registro cuanto próxima o remotamente pudiera llegar a ser válido, aunque en el momento de la inscripción no lo fuese, sin más que hacer constar en él el defecto. Con ello, además, se recargaría extraordinariamente el contenido del Registro, llevándonos a un sistema cercano al de transcripción en pugna con los propósitos de la ley Hipotecaria y con las modernas corrientes.

Por ello consideramos lo más acertado estimar la falta de licencia marital y en general los defectos confirmables—supuestos de anulabilidad—como faltas subsanables, pudiendo servir de base a esta conclusión la interpretación analógica del art. 65 de la ley Hipotecaria, si cuando otro defecto—el del título—no produce necesariamente la nulidad de la obligación, es calificado de subsanable, hay que suponer que este efecto no es un privilegio odioso de esta especie de faltas, sino que todas—afecten al título o a la obligación—las que no produzcan la nulidad de la obligación, han de considerarse subsanables.

d) *Clasificación de las faltas.*—Como resumen de lo expuesto hasta aquí, consideramos que puede hacerse la siguiente clasificación de las faltas, desde el punto de vista registral:

A) Faltas que afectan al título:

a) Sin producir necesariamente su nulidad ni la de la obligación: subsanables.

b) Produciendo necesariamente la nulidad del título: insubsanables.

c) Produciendo necesariamente la nulidad de la obligación (3): insubsanables.

(1) Cfr. resoluciones 29 marzo 1901 y 21 abril 1908.

(2) Véase su crítica en la REV. CRÍT. DE DER. INMOB., por Antonio Ventura, año 1941, y Morell, ob. y t. cit., 255.

(3) Podría discutirse si este grupo de faltas afectan al título o a la obligación,

B) Faltas que afectan a la obligación:

- a) Produciendo necesariamente su nulidad: insubsanables.
- b) Sin producir necesariamente su nulidad: subsanables.

III

LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN

El tantas veces repetido art. 65 de la ley Hipotecaria, además de definir las faltas subsanables y las insubsanables, señala las consecuencias que la calificación produce. Si el título contuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva si la solicita el que presente el título; pero si la falta fuere insubsanable, se denegará la inscripción sin poder verificarse la anotación preventiva.

La simple observación de los párrafos transcritos da a conocer la gran trascendencia que tiene el calificar un defecto de una u otra forma: cuando el defecto es calificado de insubsanable, la protección registral no se produce, y el derecho vive privado de las garantías que la ley Hipotecaria quiso establecer. Si la falta es subsanable, el derecho puede anotarse preventivamente, y con ello, las protecciones registrales desarrollan su energía y cumplen su fin, aunque sea de modo provisional.

Pero si la ley Hipotecaria se propuso proteger a los derechos reales inmobiliarios, hay que pensar que siempre que se niegue la protección registral a un derecho, habrá de ser porque en él no concurren los presupuestos necesarios para que aquella protección se efectúe, o lo que es lo mismo, se negará el ingreso en el Registro a todo derecho que no sea real e inmobiliario. Es, por ello, grave el defecto de nuestra ley hablar de validez o nulidad de títulos o de obligaciones, cuando en realidad lo único interesante es la validez o nulidad del derecho real cuya inscripción se pretende. Lo que el Registrador califica propiamente—dicen Pérez y Alguer—es la validez de la modificación real efectuada, respecto de la cual la validez de las obligaciones es sólo uno de los factores a examinar, pero no el factor exclusivo (1).

puesto que la forma es esencial; pero desde el punto de vista práctico, preferimos considerar el defecto del título, puesto que en él tiene su origen.

(1) Ob. cit., III, 1.º, 185.

¿Cuáles son los supuestos o requisitos necesarios para el nacimiento de los derechos reales?

Sin el propósito de profundizar en el problema, y mucho menos entrar en la cuestión tan debatida del título y el modo, es preciso reconocer que en nuestro derecho la adquisición y transmisión de los derechos reales no tiene lugar por efecto del solo consentimiento que integra el contrato obligatorio, sino que es menester la tradición real o fingida (arts. 609, 1.095 y 1.462 del Código civil) (1). Hay que distinguir el supuesto de hecho, que sirve de fundamento a la pretensión dirigida a la transmisión del derecho real—el contrato—y el hecho de la adquisición misma de tal derecho—tradición o entrega—, y sólo cuando ambos elementos concurren habrá nacido el derecho real.

Al publicarse la ley Hipotecaria pensaron algunos autores que la tradición como elemento necesario para la constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles había sido sustituida por la inscripción en el Registro (2); pero esta posición es inadmisibile, pues al Registro van, normalmente, las modificaciones de la situación real consumadas ya fuera de él (3). Seguirán siendo, pues, los dos elementos citados—contrato y tradición—los supuestos cuya validez habrá de apreciar el Registrador en su calificación para dictaminar si el derecho real ha nacido o no es aún más que una posibilidad.

Para apreciar la validez o nulidad del contrato, bastará con que el Registrador tenga presentes las normas generales y especiales que el Código civil le proporciona. Y en lo que se refiere a la tradición, si el contrato se halla consignado en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega, si de la misma escritura no se dedujere claramente lo contrario (art. 1.462, párrafo 2.º del C. c.). Luego, en los casos de tradición instrumental, de rancio abolengo en nuestro Derecho (4), la validez del contrato y de la escritura producen el nacimiento del derecho real, y “una vez comprobados los requisitos y supuestos

(1) Ibídem, I, 2.º, 4; III, 1.º, 361; III, 2.º, 45 y 73.—De Diego: *Instituciones*, I, 334.

(2) Cfr. Azcárate: *Historia de Der. de prop.*, III, 239, y Oliver: *Der. inmobiliario*, I, 861.

(3) Pérez y Alguer: *Ob. cit.*, III, 1.º, 210.

(4) “Dando algún ome a otro heredamiento, o otra cosa cualquier apoderándole de las cartas por que la el ouo, o faciendo otra de nuevo, e dandogela, gana la posesión manger non le apodere de la cosa dada corporalmente”.—Part. 3.ª, tít. XXX, ley 8.ª.

necesarios, el Registrador debe proceder a la inscripción" (1), si no surgen obstáculos del Registro (2). Y creemos que la misma situación se producirá cuando en lugar de hallarse ante una escritura pública, se presente en el Registro un documento público inscribible (art. 3.º de la ley Hipotecaria).

Es indudable, según lo dicho, que el otorgamiento de la escritura supone la tradición si de aquélla no se deduce lo contrario (3); ¿pero podrá afirmarse que sin escritura falta siempre la tradición? Indudablemente, no. La tradición instrumental del párrafo 2.º del art. 1.462, no es más que una forma excepcional, siendo la regla general la tradición real del primer párrafo de dicho artículo. De acuerdo con esto, no bastaría para negar la entrada de un derecho en el Registro con la nulidad de la escritura, pues el derecho real puede existir sin ella. Pero no debe olvidarse que el "Registrador no puede proceder a la inscripción si no se le facilitan en la forma oportuna las pruebas de los requisitos necesarios para la inscripción" (4), y esta prueba sólo puede producirse en nuestro sistema, por regla general, por "títulos cuya autenticidad aparezca desde luego" y "no dejen dudas de su legitimidad" (exposición de motivos). Es decir, mediante documentos públicos. Por ello, si el título es nulo, aunque la tradición puede haberse consumado y por ello existir el derecho real, no podrá ingresar en el Registro, porque falta la prueba de este requisito, y en derecho, lo no probado carece de valor.

De lo dicho se infiere que atendiendo a los principios fundamentales, inspiradores de nuestro sistema, sólo serán inscribibles los derechos cuando el contrato sea válido y conste en documento igualmente válido. Y que la nulidad de cualquiera de estos elementos debe llevar aparejado el cierre del Registro para el derecho defectuoso. Y como negar la entrada de un título en el Registro supone calificar de insubsanable la falta de que adolece, resultará que esta calificación se producirá cuando el contrato o el título vengan afectados de un defecto que de modo

(1) Pérez y Alguer: Ob. cit., III, 1.º, 187.

(2) *Ibidem*.

(3) "Si se otorga escritura de compraventa de un inmueble o derecho real y de ella resulta que el otorgamiento no equivale a la entrega, la escritura no tendrá la consideración de título inscribible con arreglo al artículo 2.º ley Hipotecaria y 18 Reglamento hipotecario".—Pérez y Alguer, ob. cit., III, 1.º, 185.

(4) *Ibidem*, 186.

Dice Aragonés: "Para que proceda una inscripción es necesaria la concurrencia de dos requisitos: uno la existencia de un derecho registrable; otro, la prueba auténtica y fehaciente de este derecho."

necesario produzca su nulidad. Pero cuando el defecto no anule necesariamente ni el título ni la obligación, como el derecho real se halla integrado por sus elementos esenciales, la protección registral deberá producirse.

En resumen, el Registrador al calificar se plantea y resuelve—ya lo decíamos antes—el problema de si el derecho real existe o no. Si lo primero, el Registro presta la protección al derecho que a él se acoge; no importa, en principio, que adolezca de algún defecto—falta subsanable—si éste no impide su existencia; en derecho, lo que es, lo que existe, produce efectos mientras no deja de ser. Pero el defecto puede afectar, no a la existencia de un derecho, sino a su subsistencia, y al derecho en peligro, al amenazado de muerte, no se le puede dar una garantía definitiva de vida—inscripción—; basta con reconocer su existencia amenazada—anotación preventiva—. Y esto, sin perjuicio que si la amenaza llega a cumplirse, lo que era deje de ser. Si el derecho real carece de uno de los supuestos necesarios—falta insubsanable—, no ha nacido, y como no existe, no puede tener lugar la protección por falta de objeto protegible.

JOSÉ POVEDA MURCIA

Aspirante al Cuerpo de Registradores
de la Propiedad