

LA ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE EN EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL*. Por M.^a Emilia Adán García, Registradora de la Propiedad.

SUMARIO

- INTRODUCCIÓN.
- I. CONCEPTO. FUNDAMENTO.
- II. PROCEDENCIA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA SEGÚN LA NATURALEZA DEL DEFECTO. DEFECTOS SUBSANABLES E INSUBSANABLES.
- III. SU INCARDINACIÓN EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO REGISTRAL. SUPUESTOS EN QUE SE PUEDE PEDIR.
- IV. SOLICITUD Y PRÁCTICA.
- A. LEGITIMACIÓN.
- B. PLAZO.
- C. FORMA.
- D. DURACIÓN.
- V. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA SUSPENSIÓN DE LA CANCELACIÓN.
- V. CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE.
- VII. EFECTOS.
- VIII. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.

Las sucesivas reformas en el procedimiento registral operadas por leyes como la Ley 24/2001, de 27 de diciembre o como la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social han reforzado el asiento de presentación como soporte y reflejo del principio de prioridad. Por esta razón el interesado al incoar el procedimiento registral tendente a obtener la protección registral frente a terceros de su derecho, conoce de la trascendencia de mantener vigente el asiento de presentación hasta obtener la inscripción solicitada. Ahora bien, lo cierto es que las prórrogas del asiento de presentación son muy limitadas y de interpretación estricta, por lo que la anotación preventiva por defecto subsanable se configura como uno de los pocos instrumentos que al interesado ofrece el procedimiento registral en orden a salvaguardar la prioridad ganada mediante la presentación del título en el Libro Diario. En este trabajo trataremos de profundizar en el estudio la anotación preventiva por defecto subsanable que se contempla en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria.

La introducción a través del artículo 323.1 de la Ley Hipotecaria de una prórroga automática del asiento de presentación en caso de calificación negativa del título, pudiera haber hecho pensar que dicha prórroga venía a sustituir a la anotación preventiva por defecto subsanable. Debido principalmente, a que ésta nueva prórroga tiene la misma duración que la anotación preventiva, esto es sesenta días a contar desde la fecha de la notificación del defecto en los términos que se establecen en el artículo 322 de la misma ley, Sin embargo, es el propio artículo 323 de la ley Hipotecaria, en su último párrafo, quien lo aclara confirmando su subsistencia al afirmar:

* Este artículo ha sido publicado en el Libro homenaje a Rafael Ballarín Hernández, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

«Vigente el asiento de presentación, el interesado o el Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiere expedido, podrán solicitar dentro del plazo de sesenta días a que se refiere el párrafo anterior que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria.»

Corresponde pues a estas notas determinar cual es el papel que juega hoy la anotación preventiva por defecto subsanable en el seno del nuevo procedimiento registral.

I. CONCEPTO. FUNDAMENTO.

CONCEPTO.

Es difícil obtener una definición de anotación preventiva omnicomprendiva de todos los tipos de anotaciones que regula el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, debido a su gran diversidad ocasionada por las distintas funciones que las mismas están llamadas a desarrollar. No obstante, puede encontrarse con carácter general un denominador común a todas ellas que se desdoblaría en dos aspectos:

– **Desde el punto de vista formal** se trata de un asiento registral provisional y claudicante. Si bien su duración variará dependiendo de su naturaleza, pero en ningún caso se trata de un asiento definitivo.

– **Desde el punto de vista material** se puede afirmar con DÍEZ PICAZO que todos los tipos de anotación preventiva pretenden enervar la eficacia de la fe pública registral¹ Es decir, se trata de impedir que se consagre como definitiva frente a terceros, la situación registral preexistente a la anotación. De este modo la anotación advierte de una posible variación en la titularidad o en las facultades dispositivas del titular respecto a la finca.

Partiendo de estas consideraciones, la doctrina se ha afanado en encontrar una definición de anotación preventiva. Quizá una de las definiciones más completas sea la de CAMPUZANO. Este autor considera la anotación preventiva como un asiento provisional que se practica en los libros de inscripciones para proteger transitoriamente cualquier derecho o acción sobre bienes inmuebles².

En la anotación preventiva por defecto subsanable podemos percibir los rasgos anteriormente relacionados:

– Desde el punto de vista formal la anotación preventiva por defecto subsanable participa del carácter de asiento transitorio o provisional predicable de toda anotación preventiva.

Si bien en este tipo de anotación la transitoriedad tiene como objetivo «guardar la prioridad ganada a través del asiento de presentación» para un título defectuoso que está llamado a modificar la situación jurídica de la finca sobre la que recae. De este modo, la anotación preventiva por defecto subsanable anuncia una probable mutación de la situación jurídica-inmobiliaria, una vez sean subsanados los defectos que impiden la inscripción definitiva.

– Desde el punto de vista material, de acuerdo con lo expuesto la anotación preventiva por defectos subsanables enerva la fe pública y es precursora de la nueva situación.

Además la anotación preventiva por defecto subsanable anuncia no sólo la extensión de un asiento definitivo de inscripción, sino de cualquier tipo de asiento, que puede ser de anotación

¹ ROCA SASTRE Ramón. *Derecho Hipotecario*. Ed. Bosch. Barcelona 1997. Pág. 285.

² Citado por Roca Sastre, op. cit. pág. 284.

preventiva a su vez o de cancelación o de cualquier tipo de anotación a excepción del asiento de presentación que no admite un asiento provisional.

GARCÍA GARCÍA define la anotación preventiva por defecto subsanable afirmando que se trata de «una prolongación del asiento de presentación y una anticipación de los efectos del futuro asiento, sirviendo precisamente de puente de enlace entre el asiento de presentación y el asiento definitivo al que tienden»³.

Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que no puede hablarse de anotaciones preventivas que no sean las relacionadas en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria. Así se ha sostenido que se trata de una enumeración con carácter de *numerus clausus*, y así lo ha defendido la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones como las de 4 de febrero de 1986 y 13 de junio de 1986 entre otras. Sin perjuicio de que el número 10 del artículo 42 se remita a lo dispuesto en otras leyes, pues en todo caso se tratará de un asiento predeterminado legalmente y no sujeto a la autonomía de la voluntad. Sin embargo esta doctrina ha sido cuestionada por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 12 de junio de 2007, donde se aboga por matizar el concepto de *numerus clausus* al aplicarlo a las anotación preventivas, poniendo el artículo 42 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 727 de la ley de Enjuiciamiento Civil referido a las medidas cautelares que puede adoptar el Juez.

La Ley procesal confiere al Juez amplias facultades para elegir las medidas cautelares a adoptar en el proceso, y en el catálogo que le ofrece el artículo 717 de la ley de Enjuiciamiento Civil se encuentran las anotaciones preventivas como un instrumento más para asegurar la efectividad del pronunciamiento judicial.

Sin embargo, de ello no puede deducirse sin más que sea el interesado en la constancia registral del derecho quien decida el asiento a practicar, por el contrario esta tímida evolución hacia el *numerus apertus* lo sería sólo en cuanto es la autoridad judicial quien, respetando los principios que informan la regulación de este tipo de asiento y evitando por tanto su desnaturalización, quien ordena la medida cautelar.

La anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables es un instrumento puesto a disposición del interesado que incoa el procedimiento registral, que es quien puede solicitarla con lo que respecto a ella seguirá vigente la rigidez del *numerus clausus* en su formulación y regulación. Nos encontramos ante una anotación preventiva solicitada por el presentante no por la autoridad judicial en el seno de la adopción de una medida cautelar. De éste modo considero que la regulación de la anotación preventiva por defecto subsanable no es dispositiva, sino que dada su trascendencia en orden a la asignación de prioridad y rango hipotecario debe ser, además, de interpretación estricta.

La anotación preventiva por defecto subsanable, se regula en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria, que afirma:

Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

(...).

9.El que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por algún defecto subsanable, (...).

Junto a los tipos de anotaciones enunciadas en los números anteriores de marcado carácter sustantivo (demanda, embargo, incapacidad...), este tipo de anotación tiene carácter procedi-

³ Citado por ROCA SASTRE, op. cit. pág. 1364.

mental en tanto permite al interesado subsanar los defectos advertidos en el título y que le impiden obtener la protección registral solicitada sin tener que presentar de nuevo el título en el Libro Diario. Esta anotación permite mantener vigente el asiento de presentación originario, y por lo tanto la prioridad ganada.

Es indudable la conexión de esta anotación preventiva con el principio de prioridad que ROCA SASTRE define como *«aquél en virtud del cual el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro de la Propiedad se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al Registro o lo hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto sea de fecha anterior»*.

El punto de conexión del principio de prioridad con el procedimiento registral es el asiento de presentación, como recuerdan los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria que trasladan la prioridad desde la fecha de la inscripción a la del asiento de presentación. El asiento de presentación, de este modo, al determinar el orden de entrada del título en el registro le confiere un doble efecto:

- El efecto excluyente, que se manifiesta en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, respecto a títulos contradictorios.
- La determinación del rango respecto a otros títulos concurrentes, y presentados con posterioridad (artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria).

Pues bien la anotación preventiva por defecto subsanable permite que se mantenga el efecto excluyente y la prioridad de rango más allá de la vigencia del asiento de presentación, cuando el título no resulta hábil para provocar la extensión del asiento solicitado en el plazo de sesenta días que otorga el asiento de presentación.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado recogida principalmente en la resolución de 28 de mayo de 1968, mantiene que la finalidad esencial de este tipo de anotaciones es prolongar los efectos del asiento de presentación y que ha sido ratificada en posteriores resoluciones como la de uno de septiembre de 2000, la de 28 de febrero de 2001, y las de 16 y 17 de septiembre de 2005.

En cuanto al efecto excluyente, podemos constatar su aplicación práctica en la resolución de 27 de abril de 2005 cuando ordena al Registrador que se abstenga de calificar una escritura de compraventa sobre una finca hasta que no concluya la prórroga del asiento de presentación provocada por una anotación de suspensión por defecto subsanable vigente sobre la misma finca. Dicha anotación preventiva de suspensión fue motivada por otra escritura de compraventa de la misma finca presentada primeramente, aunque era de fecha posterior. Para resolver la cuestión, la Dirección General de los Registros y del Notariado se fundó en los artículos 42.9 y 19 de la Ley Hipotecaria, y 111 del Reglamento Hipotecario. De este modo quien primero accedió al Libro Diario, cierra el paso a otros títulos presentados posteriormente aún cuando su fecha sea anterior. Tras la reforma legislativa, el interesado ve ampliado el plazo que el asiento de presentación le confiere para subsanar los defectos advertidos. Por lo que en caso de solicitud de anotación preventiva de suspensión se concatenarían dos prórrogas sucesivas la derivada de la notificación del defecto, a la que se uniría la de la anotación preventiva por defecto subsanable si se solicita. Esta prolongación de los efectos del asiento de presentación se confiere en beneficio del interesado que de este modo podrá subsanar los defectos señalados sin perder la prioridad que se extinguirá no ya por la caducidad del asiento de presentación sino con la caducidad de la anotación de suspensión.

La conexión de la anotación preventiva por defecto subsanable con el asiento de presentación se manifiesta en:

La anotación preventiva por defecto subsanable ha de ser solicitada antes de que caduque el asiento de presentación que causó el título defectuoso. De otro modo solo ca-

bría la nueva presentación del título, así lo establece el artículo 111 del Reglamento Hipotecario.

2. La anotación preventiva por defecto subsanable de un título conlleva la prórroga de los asientos de presentación vigentes sobre la misma finca. Estos asientos quedaran a las resultas de la inscripción o no del título que ha ocasionado la anotación preventiva. Así lo corrobora el artículo 111 *in fine* del Reglamento Hipotecario.

3. Practicada la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable si durante su vigencia se subsana el defecto y se convierte en inscripción, los efectos se retrotraerán al momento de la presentación del título al Libro Diario en virtud del juego de los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria.

De lo visto cabe concluir que la relación entre el asiento de presentación y la anotación preventiva por defecto subsanable es tan estrecha que la segunda mantiene la prioridad ganada por el primero frente a títulos presentados con posterioridad. De este modo no será necesaria una nueva presentación del documento cuya inscripción se pretende si se subsana dentro de la vigencia del asiento de presentación o de la anotación de suspensión. Por lo tanto la anotación prolonga la vigencia del asiento de presentación más allá de su duración normal y durante toda su vigencia.

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre la vigencia del asiento de presentación era, a salvo sus prórrogas, de sesenta días. Hoy aunque se mantiene el mismo plazo de vigencia del asiento de presentación, cuando el título es calificado negativamente se prorroga su vigencia por sesenta días desde la notificación, en los términos del 323 de la ley Hipotecaria, del defecto al presentante o autorizante lo que puede alargar hasta sesenta días más el asiento dependiendo de la fecha de la notificación.

Sin embargo, el legislador preocupado por la posibilidad de que la duración del asiento de presentación no quedara claramente delimitado y además sujeto a posibles prórrogas indefinidas tras las reformas legislativas realizadas, procedió a través de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre a completar alguno de los preceptos recientemente modificados:

1. Introduce el segundo párrafo del artículo 323 de la Ley Hipotecaria, que clarifica la duración de la prórroga del asiento de presentación ocasionada por la notificación del defecto al autorizante del título y al presentante. De este modo, notificado el defecto y prorrogado el asiento de presentación por sesenta días, la devolución del título sin subsanar el defecto no originará una nueva prórroga cuando se le notifique que no se ha subsanado el defecto. En este caso la prórroga opera como plazo de caducidad. Sólo procederá una nueva prórroga cuando del documento aportado para subsanar el defecto advertido surgiera uno nuevo. Por ejemplo, se presenta una escritura de herencia, y se aprecia el defecto subsanable de no acompañarse el testamento, se notifica y prorroga por sesenta días. Aportado el testamento se observa la existencia de un heredero que no se tuvo en cuenta al hacer la partición, se procede de nuevo a notificar el defecto provocando una nueva prórroga.

El artículo 323.2 de la ley Hipotecaria así lo afirma hoy:

«La duración de la prórroga y del plazo para interponer recurso gubernativo empezará a contar, en el caso de que se vuelva a presentar el título calificado durante la vigencia del asiento de presentación sin haberse subsanado los defectos en los términos resultantes de la nota de calificación, desde la notificación de ésta».

2. Se regula de nuevo en el artículo 327 penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria, la prórroga del asiento de presentación consecuencia de la interposición del recurso, gubernativo o judicial, contra la calificación del Registrador. Esta prórroga, que se inicia con la entrada en el registro

del escrito interponiendo el recurso, se prolongará en el tiempo hasta que transcurran dos meses desde la publicación en el B.O.E. de la resolución del mismo. Si la desestimación fuera presunta, la prórroga durará hasta que transcurra un año y un día desde la interposición del recurso. En ambos casos, siempre y cuando no se tenga conocimiento de la interposición del recurso del artículo 328 de la ley Hipotecaria.

Por último, y al objeto de delimitar negativamente el concepto de anotación preventiva por defecto subsanable, debemos considerar con MANZANO SOLANO que las anotaciones preventivas de suspensión contempladas por los artículos 75 y 77 del Reglamento Hipotecario son falsas anotaciones por tratarse de inscripciones condicionales.

Efectivamente en ambos casos podemos considerar que son negocios jurídicos sujetos a la condición suspensiva de la celebración del matrimonio, ahora bien la ley prefiere que se hagan constar como anotación preventiva, y no como inscripción de un negocio sujeto a condición suspensiva.

El artículo 75.2 del Reglamento Hipotecario contempla la anotación preventiva de las capitulaciones matrimoniales, cuando no se haya celebrado el matrimonio. Dicha anotación preventiva caducará transcurrido un año y dos meses contados desde la fecha de las capitulaciones, a no ser que se acredite haber celebrado el matrimonio dentro del plazo de un año, y así se haga constar en el registro de la propiedad. Del mismo modo el artículo 77.2 sujeta a anotación preventiva de suspensión las adquisiciones bajo supuesto de futuro matrimonio.

Además de los dos supuestos señalados por Manzano, podemos traer a colación el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil donde también se impide la inscripción de las sentencias dictadas en rebeldía hasta que transcurran los plazos indicados por la ley para interponer la acción de rescisión de la sentencia. Hasta que se acredite esta circunstancia, la ley prevé la posibilidad de practicar anotación preventiva de la sentencia.

FUNDAMENTO.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se refiere a las anotaciones preventivas por defecto subsanable afirmando que *«Esta anotación sólo tiene carácter interino: a los interesados les corresponde subsanar el defecto y poner su derecho a cubierto de toda objeción justa: al efecto se les señala el término de sesenta días, que podrá, cuando concurren ciertas causas, prorrogarse hasta ciento sesenta por la autoridad judicial. El que se descuida o desprecia el precepto legal, queda castigado con la caducidad de la anotación»*. Y continúa afirmando *« las anotaciones preventivas son precursoras de la inscripción y hacen que estas surtan efecto desde la fecha que llevan»*.

No ofrece duda cual fue la razón por la que el legislador de 1861 diseñó este instrumento: salvaguardar el derecho de quien pretendiendo la inscripción, no puede obtenerla por adolecer el título de algún defecto, y se afana con diligencia en su subsanación. El artículo 69 de la Ley Hipotecaria, plasma esta filosofía en texto articulado al afirmar:

«El que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejase de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo o anotarlo a su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo».

De este modo no podrá oponer su derecho a tercero quien pudiendo pedir anotación preventiva por defecto subsanable no lo hizo. Es decir se aplicará al tercero los artículos 17 (principio de prioridad), 20 (principio de tracto sucesivo) y 34 (principio de fe pública) todos ellos de la Ley Hipotecaria, principios de los que se hubiera beneficiado de haber solicitado la anotación preventiva por defecto subsanable y subsanado en plazo. El derecho no anotado

preventivamente deviene inoponible frente a los títulos que ganan la prioridad que él ha dejado perder.

El considerar como fundamento de la anotación preventiva por defecto subsanable el mantener la prioridad, exige que el defecto sea subsanable, pues en caso contrario no podrá practicarse, ya que de hacerlo mantendría una situación que no tiene perspectiva de devenir definitiva, no es interina. Así además lo contempló la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, y lo plasmó en el hoy artículo 65 que afirma:

«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 anotación preventiva cuando la solicite el que presentó el título.

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

Para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en su 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».

La Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones como las de veintiocho de mayo de 1968, la de uno de septiembre de 2000 y la de veintiocho de febrero de 2001 se ratifica en que la finalidad de este tipo de anotación es ampliar a favor de de los presentantes el plazo para subsanar defectos, evitando que pierdan la prioridad que les confiere el asiento de presentación.

GARCÍA GARCÍA sostiene que la anotación preventiva por defecto subsanable tiene una doble finalidad por un lado amplía la vigencia del asiento de presentación y por otro anticipa el asiento definitivo.

II. PROCEDENCIA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA SEGÚN LA NATURALEZA DEL DEFECTO. DEFECTOS SUBSANABLES E INSUBSANABLES.

El artículo 322 de la Ley Hipotecaria, al referirse a la calificación de los títulos lo hace como calificación negativa, sin distinguir la naturaleza del defecto. De este modo la prórroga que produce la notificación del defecto se aplica por igual a cualquier tipo de falta o defecto, sea este subsanable o insubsanable. Debemos entender que esta prórroga de sesenta días, no va sólo unida a la subsanación de los defectos sino principalmente a la posibilidad de recurrir la calificación judicial o gubernativamente. De hecho el artículo 322.3 si que diferencia entre denegar y suspender al hablar de la inscripción parcial, aunque les sigue aplicando el mismo régimen de prórroga del asiento de presentación.

El artículo 323 de la Ley Hipotecaria en su último plazo se remite a la anotación contemplada en el 42.9 de la Ley Hipotecaria determinando quienes están legitimados para solicitarla. El artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria contempla tres tipos diferentes de anotación, de las que sólo una, la anotación preventiva por defectos subsanables, es rogada. Aunque la reforma del 2001 introdujo el artículo 323 y modificó el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria, hay que entender que la remisión que hace el 323 se refiere a la anotación preventiva por defecto subsanable que es la que se practica a instancia de parte, y que se trata de una deficiente técnica legislativa que no contempló el artículo 42.9 tras su reforma.

De este modo, los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria, mantienen la posibilidad de tomar anotación de suspensión pero sólo cuando el defecto sea subsanable manteniendo el sistema vigente desde la primitiva Ley de 1861.

El Registrador deberá, a la vista de la solicitud de extensión de la anotación preventiva por defecto subsanable, decidir si el defecto es susceptible o no de subsanación. Esta calificación se

convierte en trascendental, en tanto que va unida a la prioridad. Si la falta se califica de insubsanable, el interesado sólo podrá acudir al recurso para prolongar la vigencia del asiento mientras trata de remover los obstáculos que impiden la inscripción. Así lo entiende POVEDA MURCIA⁴ que afirma que «cuando el defecto es calificado como 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 manera provisional».

Por ello debemos entender con GARCÍA GARCÍA⁵ y en contra de ARNÁIZ EGUREN⁶ que estamos en presencia de una verdadera calificación. Las consecuencias de calificar el defecto de insubsanable lleva la pérdida de la prioridad registral y provoca el decaimiento del procedimiento registral, de modo análogo a lo que ocurre cuando se acepta el desistimiento.

El concepto de calificación no es unívoco en todas las fases del procedimiento registral y depende del ámbito al que se contraigan así hay calificación del título como presentable o no presentable, lo que permitirá dar o no dar la oportunidad a un título de incoar el procedimiento (artículo 258.4 de la Ley Hipotecaria), hay calificación del desistimiento del procedimiento iniciado pudiendo impedirlo (artículo 433 del Reglamento Hipotecario), hay calificación al determinar el título como inscribible o no (artículo 18 de la ley hipotecaria) y hay calificación del defecto como subsanable o no (artículo 323 de la Ley Hipotecaria). En todos estos casos hay decisiones que implican pérdida de protección registral para el bien o derecho cuya inscripción se pretende, y pie de recurso. Aunque, a pesar de lo expuesto, la calificación en sentido propio debe reservarse al ámbito del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

De lo expuesto cabe concluir que tanto en el desistimiento como en la calificación del defecto o falta como subsanable hay calificación por el Registrador que tiene como consecuencia la posibilidad de hacer decaer en uno y otro caso el asiento de presentación.

En el desistimiento hay calificación porque el Registrador ha de admitirlo. Ello supone una declaración de voluntad recepticia por parte del interesado que puede ser o no estimada. El Registrador tras valorar la forma en que se ha hecho, la legitimación del solicitante y el posible perjuicio a terceros, tanto los presentes como los ausentes del procedimiento, admitirá o no el desistimiento. No es pues una decisión automática sino ponderada. Así resulta del artículo 434 del Reglamento Hipotecario que en su párrafo 3 condiciona la admisión del desistimiento a que no impida la inscripción de otro documento presentado, y de su párrafo cuarto que recoge la esencia de la calificación frente a terceros al afirmar que «*En cualquier caso, el Registrador denegará el desistimiento cuando, a su juicio, perjudique a tercero. Contra la negativa del Registrador, que se hará constar por nota al margen del asiento de presentación y en el documento o solicitud, podrá interponerse recurso gubernativo*». En este caso se deja al juicio del Registrador que es la calificación, y se trata de una decisión recurrible.

En la calificación de la naturaleza del defecto, también entiendo que hay verdadera calificación por su trascendencia en orden a la protección registral solicitada. Consecuencia de lo cual esa decisión también puede ser objeto de recurso gubernativo, como demuestran las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 2005, 14 de octubre de 2006 y 11 de diciembre de 2006 que cambió la calificación de insubsanable por la de subsanable como consecuencia de un recurso gubernativo.

⁴ POVEDA MURCIA, José. *Faltas subsanables e insubsanables*. R.C.D.I. febrero 1942, número 165.

⁵ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Motivos de suspensión y motivos de denegación (Defectos subsanables e insubsanables)*. R.C.D.I. número 525 marzo-abril 1978.

⁶ «*La decisión sobre la subsanabilidad o insubsanabilidad 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*».

El concepto de falta o defecto subsanable ha sido y es objeto de relevantes estudios por parte de autores tan reputados como GARCÍA GARCÍA o GÓMEZ GÁLLIGO. Baste pues con recordar alguno de los criterios ofrecidos para su calificación.

POVEDA MURCIA entiende a la luz del antiguo artículo 65 L.H. que *«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»*. *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 de que si la amenaza llegara 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»*.

ARNÁIZ EGUREN considera las faltas como insubsanables *«cuando la publicidad provisional del título es imposible por la inviabilidad del juego de los principios de inscripción, especialidad, prioridad o tracto o nociva por prohibición legal»*.

GARCÍA GARCÍA mantiene la sustitución de la terminología de defecto subsanable e insubsanable por motivo de denegación y motivo de suspensión.⁷

Los criterios que señala como determinantes para calificar los motivos de denegación o de suspensión son los criterios de prioridad y de retroactividad. El primero supone tender un puente entre el principio de calificación y el de prioridad, y el segundo permite que la subsanación del título *«se retrotraiga en sus efectos a la fecha de la prioridad ganada con el asiento de presentación»*. Entiende el autor que *«el criterio de retroactividad está relacionado con el anterior de la fecha de prioridad, hasta el punto de que son dos manifestaciones de una misma idea: con el primer criterio, el de prioridad, se observa la naturaleza del motivo de suspensión y del de denegación en el momento inicial, anterior a la posible subsanación; y con este segundo criterio, el de retroactividad, se determina la naturaleza de tales motivos a partir de los efectos retroactivos o no de la posible subsanación. Pero en ambos casos, la definición del motivo de suspensión se relaciona con la eficacia de la fecha de prioridad registral ganada con el asiento de presentación, y la definición del motivo de denegación, con la ineficacia de dicha fecha»*.

III. SU INCARDINACIÓN EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO REGISTRAL. SUPUESTOS EN QUE SE PUEDE PEDIR.

La anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable se puede solicitar siempre que el defecto o la falta se califiquen como subsanables. Y ello tanto si lo que se pretende es una inscripción, una anotación, una nota marginal o incluso una cancelación.

Estos supuestos se regulan 162, 163 y 164 del Reglamento Hipotecario, y en todos ellos la anotación de suspensión se hará mediante asiento análogo al que se pretende como definitivo. Sin embargo hay determinados supuestos en los que pese a considerar el defecto como subsanable no procede practicar este tipo de anotación.

Estos supuestos son:

– *Cuando se haya interpuesto dentro de plazo recurso gubernativo o judicial contra la calificación del Registrador.*

La razón de la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable no es otra que prolongar la vigencia del asiento de presentación, y esta finalidad, ya está cubierta mediante la prórroga del mismo provocada por la interposición del recurso que tiene una duración mayor.

⁷ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Pág. 1363 del Tomo II *La calificación registral* 2.ª edición.

El artículo 327 de la Ley Hipotecaria en sus apartados 4 y 11, se ocupa de aclarar el inicio y la finalización de la prórroga del asiento de presentación, como consecuencia de la interposición del recurso gubernativo.

Así lo corrobora la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones como las de 13, 14, 15, 16 y 17 de septiembre de 2005. Las citadas resoluciones recuerdan que de permitirse la anotación se generaría una fuerte confusión al superponerse dos prórrogas coincidentes parcialmente en el tiempo.

– *Cuando el derecho ya está inscrito, en supuestos de doble inmatriculación.*

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de ocho de marzo de 2003 consideró que no podría tomarse anotación preventiva por defecto subsanable de un asiento ya practicado. También la resolución de ocho de marzo de 1978 se plantea esta cuestión. El supuesto de hecho que dio lugar a esta última resolución fue la petición por parte de un titular registral de la anotación preventiva regulada en el artículo 306 del reglamento Hipotecario, al considerar que se había producido una doble inmatriculación respecto a su finca ya inscrita. El Registrador deniega dicha anotación por entender que no se da las coincidencias descriptivas suficientes entre ambas fincas, y devuelve al interesado su escrito para que acuda, si lo estima procedente a la autoridad judicial competente. El interesado pide anotación preventiva por defecto subsanable, y la Dirección General lo deniega por no poderse pedir la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable de un asiento que ya fue practicado.

– *Cuando el tracto sucesivo esté interrumpido.*

El artículo 20.2 de la Ley Hipotecaria recoge el principio de tracto sucesivo de tal modo que si la finca consta inscrita a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, el Registrador denegará la inscripción. Estamos en presencia de una denegación y por lo tanto de la consideración del defecto como insubsanable, no procediendo solicitar ni practicar la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable.

Sin embargo, y a pesar de una formulación tan categórica, existe una excepción, la del artículo 105 del Reglamento Hipotecario, que dice:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley, los Registradores podrán suspender la inscripción de los documentos en los que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y a solicitud del presentante extenderá anotación preventiva por defecto subsanable».

De este modo, si el que otorga el acto dispositivo o de gravamen es causahabiente del titular registral, el defecto pasaría a ser calificado como subsanable, y podría practicarse la anotación preventiva de suspensión, aunque siempre y en todo caso a solicitud del presentante.

TIRSO CARRETERO⁸ al estudiar este artículo en su anterior numeración consideró que debía aplicarse ampliamente teniendo en cuenta las siguientes premisas:

1. No debe circunscribirse sólo a aquellos supuestos en los que sólo falte un eslabón para reanudar el tracto sucesivo. Es aplicable aunque falten varios eslabones en el tracto, si así lo con-

⁸ CARRETERO GARCÍA, Tirso. *Comentarios a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Comentarios a la resolución de 6 de marzo de 1978.* Colegio Nacional de Registradores. Madrid 1987.

sidera el Registrador, pues es a él a quien corresponde decidir si procede o no la denegación o suspensión.

2. El concepto de causahabiente se corresponde con un concepto amplio.

3. A la cuestión de si los diversos títulos deben o no estar relacionados entre sí o si vale una manifestación genérica, Tirso entiende que valen todos los supuestos.

GARCÍA GARCÍA⁹ interpreta el artículo 105 del reglamento Hipotecario de tal modo que entiende que no cabe ganar prioridad en contra de los artículos 17.2 y 20 de la Ley Hipotecaria. Pero a pesar de ello puede ser de gran utilidad porque:

1. Evita tener que practicar un nuevo asiento de presentación del título primeramente presentado al que le falta el tracto.

2. Permite aplicar el principio de prioridad entre títulos que tienen idéntico defecto de tracto.

Manifestaciones de la excepción contenida en el artículo 105 del Reglamento Hipotecario son los artículos 140 y 312 ambos del Reglamento Hipotecario. En ambos preceptos la omisión de la inscripción de su titularidad por parte de aquel de quien deriva su derecho el solicitante de la inscripción impidiéndole su acceso al registro, por lo que el reglamento les habilita para solicitar anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable, mientras requieren al titular para que inscriba su derecho.

El artículo 312 del Reglamento Hipotecario contempla al titular de un derecho real sobre fincas ajenas no inscritas. Aunque en principio el artículo se refiere a fincas no inmatriculadas la Dirección General de los Registros y del Notariado lo aplica también a la falta de inscripción de otros derechos como resulta de la resolución de de 18 de octubre de 2005.

El artículo 140 del Reglamento Hipotecario se refiere a las anotaciones preventivas de embargo que no se pueden practicar, porque el deudor no ha inscrito su derecho. Es el caso, por ejemplo de una herencia, cuando el titular registral es el causante, y el deudor su heredero, pero no ha inscrito la partición hereditaria, o en el caso de una donación o de una compraventa, que no ha accedido al registro. También aquí se permite practicar anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable.

Otro supuesto es el artículo 15.3 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre sobre derechos de aprovechamientos por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, que se remite al procedimiento del artículo 312 del Reglamento Hipotecario, cuando el derecho de aprovechamiento por turno no estuviera inscrito a favor del cedente. Y en mi opinión debe también extenderse este procedimiento, a los arrendatarios cuando el derecho del arrendador no conste inscrito, aún cuando el R.D. 297/1996, de 23 de febrero sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos, no lo considere expresamente.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha ocupado de la anotación preventiva por defecto subsanable por falta de tracto sucesivo en diversas resoluciones, entre las que cabe señalar dos:

– La de 7 de octubre de 2004 donde se pronuncia a favor de este tipo de anotación cuando la finca está inscrita a favor de persona distinta del demandado, aún cuando el titular registral consienta por haber vendido la finca al demandado en documento privado. En este caso deberá requerirse al demandado para que inscriba a su nombre y poder practicar la anotación preventiva de embargo.

– La de 6 de marzo de 1978 donde se denegó la práctica de la anotación preventiva por defecto subsanable, al considerar que el interesado es causahabiente sólo de una mitad indivisa de la finca, y no de la totalidad como manifestaba. En este caso la otra mitad figura inscrita a favor de terceros.

⁹ Roca Sastre, op cit. pág 1390 y ss

IV. SOLICITUD Y PRÁCTICA.

El procedimiento registral, es un procedimiento rogado, a instancia de parte, lo que significa que el impulso procedimental lo ha de dar el interesado, quien está facultado asimismo, para suspenderlo o detenerlo (artículo 434 R.H.).

El carácter rogado del procedimiento es, en palabras de MANZANO, «derivación natural en el orden positivo de la necesidad de consentimiento de los interesados para la exteriorización pública de sus derechos»¹⁰.

De este modo, iniciado el procedimiento, y notificados los defectos de que adolece el título y que impiden la inscripción, el interesado podrá renunciar a obtener para su derecho la publicidad registral, manifestar su disconformidad con la calificación registral recurriendo la misma, u optar por subsanar las deficiencias advertidas. En este último caso, si el plazo que le otorga la prórroga que conlleva la calificación es demasiado breve y el defecto subsanable, podrá instar la práctica de la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable.

El artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria es claro al respecto, así afirma «*el que presentare*» y lo diferencia de los otros dos supuestos «*por imposibilidad del Registrador; o cuando este inicie de oficio el procedimiento de rectificación de errores que observe en algún asiento ya practicado en la forma que reglamentariamente se determine*». Estos dos supuestos fueron introducidos por la ley 24/2001, de 27 de diciembre, en su Disposición Adicional 25.^a, y tiene por objeto las anotaciones preventivas en caso de error o imposibilidad, y en estos casos si puede solicitarla el Registrador. En el caso de suspensión por defecto subsanable el que debe valorar la posibilidad o no de subsanar en plazo los defectos aducidos por el Registrador y que impiden la inscripción, es el interesado.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 2006 confirma el carácter rogado y expreso de la solicitud por parte del interesado de anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable.

También el artículo 105 del Reglamento Hipotecario se alinea con la necesidad de rogación, al permitir la anotación de suspensión por defectos subsanables sólo a petición del presentante.

Sin embargo, este carácter rogado de la anotación parece colisionar con el artículo 164 segundo párrafo del Reglamento Hipotecario que afirma:

«*Cuando se trate de embargos por causas criminales o en que tenga el Estado un interés directo, no será necesaria la solicitud del interesado para que se tome la referida anotación*».

Con anterioridad a la reforma del Reglamento Hipotecario operada por R.D. 1.867/1998, de 4 de septiembre, existía en los registros de la propiedad un «Libro especial de anotación de suspensión de mandamientos de embargo en causa criminal, procedimiento laboral o administrativo», en el que se practicaban de oficio anotación de suspensión por defectos subsanables referidos a esos títulos. La supresión de este libro supuso que las anotaciones de suspensión por defectos subsanables se practicaran en el folio abierto a la finca o fincas a las que se refiera el mandamiento (artículo 170 R.H.).

Analizando los supuestos mencionados en el precepto, vemos que se refiere únicamente al supuesto de los embargos, no otro tipo de documento judicial o administrativo, y atendiendo a la fuente se distinguen dos supuestos:

- Las causas criminales.
- Los mandamientos a favor del Estado.

En cuanto a las causas criminales el artículo 604 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹¹ al regular el embargo de bienes inmuebles no contempla esta anotación preventiva de suspensión

¹⁰ MANZANO SOLANO, Antonio. *La demanda de inscripción en el Registro de la Propiedad*. Atelier. 1999. Pág. 50.

¹¹ **Artículo 604.** *Cuando se decreta el embargo de bienes inmuebles, se expedirá mandamiento para que se haga la anotación prevenida en la Ley Hipotecaria.*

por defectos subsanables, sino que se sujeta al régimen general de la Ley Hipotecaria. Por lo tanto, se notificará el defecto a la autoridad judicial, y ella decidirá qué medidas adoptar.

En cuanto a las anotaciones a favor del Estado dos son las que hay que considerar:

1. Los mandamientos de embargo dictados al amparo del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación. De la lectura conjunta de los artículos 86.2 y 87.2 del Decreto parece inferirse que subsiste la práctica de oficio de la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable, ya que al referirse a la prórroga exige que sea solicitada, lo que presupone la extensión previa y de oficio de la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable.

2. Los mandamientos de embargo dictados al amparo del R.D. 1.415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Del artículo 105.2 y 3 podemos sacar idénticas conclusiones a las referidas al Reglamento General de Recaudación.

Ambos reglamentos se aferran al sistema existente con anterioridad a la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley de Acompañamiento 24/2001, de 27 de diciembre, que sin embargo es anterior a los citados reglamentos. El artículo 323.1 de la Ley Hipotecaria, contempla una prórroga del asiento de presentación de sesenta días cuando se notifique la existencia de defectos en el título que impidan su inscripción. Esta prórroga viene a generalizar el beneficio que para la autoridad administrativa suponía la práctica de oficio de la anotación preventiva por defecto subsanable, esto es un plazo de sesenta días para subsanar los defectos. Es más como esta prórroga inicia su cómputo en la fecha en que el último de los destinatarios haya recibido su notificación, es en la práctica más larga que la anotación que comienza desde la fecha del asiento.

Por ello conviene replantearse la práctica de la anotación preventiva por defecto subsanable de oficio, ya que de seguir la práctica anterior, se hará de peor condición al Estado. El resto de los interesados podrán beneficiarse de la prórroga y si no es suficiente, solicitar esta anotación y posteriormente su prórroga, mientras que el Estado perdería el beneficio de la prórroga. Por ello sería deseable esperar una vez calificado el defecto y prorrogado el asiento de presentación a adoptar la anotación preventiva de suspensión a que lo solicite la Administración.

1. Legitimación.

Aceptado el carácter rogado de la anotación procede estudiar la legitimación para solicitar la anotación preventiva por defecto subsanable.

El artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria considera legitimado para solicitarla al presentante. La figura del presentante en el procedimiento registral es el interlocutor del Registrador, a quien se dirigen todas las comunicaciones. El presentante goza de los mismos derechos que el interesado salvo el de interposición de recurso gubernativo, a no ser que tenga poder expreso.

Por su parte el artículo 323 de la Ley Hipotecaria amplía el ámbito de los legitimados para solicitar la anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables al considerar como legitimados para la solicitud de la anotación, a los mismos a quienes se ha de notificar los defectos conforme al artículo 322 de la Ley Hipotecaria, esto es:

- **El interesado.** Este precepto no se refiere al presentante, sin embargo, los artículos 429 y 430 del Reglamento Hipotecario permiten que se considere legitimado también al presentante.
- **El autorizante.** Entendiendo por tal al autor de título cuya inscripción se pretende, y que dependerá de su naturaleza distinguiendo entre el documento notarial, judicial o administrativo.

Al estar legitimada la autoridad administrativa o judicial para pedir anotación de suspensión, plantea el problema de su encaje con el 164.2 del Reglamento Hipotecario antes examinado y la práctica de oficio de la anotación preventiva de suspensión. De este modo cabe hacer dos lecturas diferentes:

1. Considerar, con José Manuel García García, que la prórroga evita la anotación de suspensión porque produce los mismos efectos y que sólo se entenderá solicitada la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable cuando se devuelva el mandamiento sin subsanar.

2. Considerar que se ha de tomar anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable en los supuestos de embargo en causa criminal, y cuando el estado tenga un interés y que el 323 se refiere a las anotaciones preventivas dictadas a instancia de parte (embargos...).

2. Plazo.

La anotación preventiva de suspensión podrá solicitarse dentro del plazo de sesenta días de la prórroga del asiento de presentación consecuencia de la notificación de defectos. Así lo recoge el artículo 323 *in fine* de la Ley Hipotecaria, y ya con anterioridad el artículo 66 de la misma ley, si bien en éste caso, debía solicitarse en los sesenta días de vigencia del propio asiento de presentación. Se ha producido un alargamiento del plazo de solicitud, ya que antes debía hacerse en la vigencia del asiento de presentación, y hoy son siempre sesenta días desde la notificación, con independencia de la primitiva duración del asiento de presentación.

3. Forma.

Dos cuestiones deben ser analizadas desde la perspectiva de la forma:

- Cómo se solicita la anotación.
- Qué asientos origina.

Cómo se solicita la anotación.

Anteriormente se ha examinado el carácter rogado de la extensión de esta anotación, pero además la solicitud ha de ser expresa como sostiene la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 2006.

Tras las últimas reformas operadas en el procedimiento registral, éste ha evolucionado desde un sistema de libertad formal, a un sistema más rígido esencialmente escrito. Por ello entiendo que la solicitud de la anotación de suspensión por defectos subsanables deberá constar por escrito, ya sea mediante instancia o en el propio registro competente.

En caso de hacerse mediante instancia deberá estar firmada por el solicitante, que a su vez deberá ser uno de los legitimados recogidos ya sea en el artículo 42.9 ó en el 323 ambos de la Ley Hipotecaria, a los que nos acabamos de referir.

No parece razonable exigir que el escrito tenga la firma legitimada notarialmente o que sea ratificada ante el Registrador, ya que para cualquier operación en relación con el asiento de presentación no se exige. Sólo en el supuesto de desistimiento se extreman las cautelas formales, (artículo 434 del Reglamento Hipotecario), pero ello es debido a que supone una pérdida de la prioridad ganada por el asiento de presentación.

La solicitud se podrá hacer oralmente, haciéndose constar la misma mediante nota al margen del asiento de presentación, pero en todo caso deberá ser firmada por el presentante o interesado.

Junto a la instancia y la solicitud en el Libro Diario es práctica habitual en algunas escrituras notariales que conste la solicitud de la extensión de la anotación preventiva por defecto subsanable con carácter subsidiario al asiento solicitado.

El artículo 430 del reglamento Hipotecario exige que el título esté presente en el Registro al momento de practicar la anotación preventiva de suspensión, de tal modo que si se hubiera retirado deberá devolverse simultáneamente a la petición de la anotación preventiva.

Qué asientos origina.

Los asientos a practicar en caso de anotación preventiva por defecto subsanable cuando el asiento pretendido es una inscripción, anotación o cancelación son:

– **Nota al margen del asiento de presentación** donde se hará constar la solicitud del asiento. Así lo recoge el artículo 106 del Reglamento Hipotecario. Esta nota es el traslado al Libro Diario de la solicitud de anotación realizada en documento independiente del propio Libro Diario, ya sea en el propio documento, ya sea por medio de un escrito, si la solicitud se hace en el propio Libro Diario no se practicará otra nota que resultaría redundante.

– **Anotación preventiva en el libro de inscripciones.** Seguirá la letra que le corresponda dentro del historial de la finca registral. Ya se ha recordado que la supresión del Libro especial de anotación de suspensión de mandamientos de embargo en causa criminal, procedimiento laboral o administrativo, trajo como consecuencia que las anotaciones de suspensión por defectos subsanables se practiquen en los libros de inscripciones tal y como recoge el artículo 170 del Reglamento Hipotecario. De este modo, el párrafo primero del citado artículo marca la regla general, las anotaciones preventivas por defectos subsanables se harán constar en el Libro de inscripciones, respetando el principio de tracto sucesivo. Ahora bien caben varios supuestos que a su vez contempla el precepto:

– Si la finca está inmatriculada, se practicará la anotación en el folio de la finca registral afectada, siempre y cuando conste inscrita la finca a favor de quien sea parte en el documento que se pretenda inscribir. Si no fuera así procederá a denegarse la anotación salvo que estemos en presencia de algún causahabiente del artículo 105 del Reglamento Hipotecario, que permita reanudar el tracto sucesivo.

– Si la finca no consta inmatriculada, la anotación preventiva por defecto subsanable abrirá folio registral otorgando ya número a la todavía no inmatriculada.

En cuanto a su contenido, la anotación de suspensión por defectos subsanable deberá contener todas las circunstancias que deberán constar en el asiento definitivo, la única diferencia es que en el acta de inscripción se dirá que se practica la anotación por defecto subsanable y se expresará el defecto, advertido y notificado que impide la inscripción o anotación solicitada (artículos 168 y 169 del Reglamento Hipotecario).

El artículo 67 de la Ley Hipotecaria, permite al interesado solicitar una copia de dicha anotación, autorizada con la firma del Registrador en la que conste si a la fecha de la extensión de la anotación hay asientos de presentación pendientes de despacho. Entiende GARCÍA GARCÍA que esta copia se encuadra entre las certificaciones.

Si la solicitud de la anotación preventiva por defecto subsanable se hace en los últimos quince días de la prórroga originada por la subsanación de los defectos, ésta se mantendrá vigente hasta que transcurra el plazo de quince días que el artículo 18.2 de la Ley Hipotecaria confiere al Registrador para calificar y practicar cualquier tipo de asiento.

– **Prórroga de la anotación preventiva por defectos subsanables.** Conforme al artículo 204.3 del Reglamento Hipotecario, la prórroga se hará constar en el folio registral mediante una nueva anotación. La existencia de la prórroga se hará constar también al margen de la anotación prorrogada mediante nota marginal.

No será necesario practicar una nueva anotación, cuando la prórroga de 180 días, no sea acordada por el Juez sino por el Registrador, conforme lo dispone el artículo 205.1 del Reglamento Hipotecario. En este caso bastará con hacerla constar mediante nota marginal junto a la anotación que se prorroga.

Es necesario que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado en el registro competente, durante la vigencia de la anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables que se pretende prorrogar, pues una vez caducada la anotación no podrá ser objeto de prórroga.

– **Conversión de la anotación en el asiento solicitado,** mediante la extensión de un nuevo asiento, y nota al margen del asiento convertido, esto es, de la anotación preventiva por defecto

subsanable. La conversión de la anotación se hará o en una anotación preventiva o en una inscripción.

El artículo 196 del Reglamento Hipotecario, se refiere al asiento de conversión con carácter general explicando la mecánica de extensión del asiento. El precepto habla de una inscripción de referencia a la anotación que se convierte y debe contener:

- La letra y folio de la anotación que se convierte.
- La manifestación de que la anotación se convierte y en qué (inscripción o anotación. Dicha circunstancia deberá hacerse constar en el acta de inscripción.
- El documento en el que se verifique la conversión por haberse subsanado el defecto.
- Fecha y firma del Registrador.

No será necesario hacer constar ni la cusa de la conversión que siempre será la subsanación del defecto, ni el nuevo asiento de presentación, ya que no genera nuevo asiento mientras esté vigente la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable.

Por último recordar que si lo que se pretendía era una nota marginal, la anotación de suspensión no se hará constar como anotación preventiva de suspensión sino como nota marginal preventiva. Esta figura se recoge en el artículo 163 del Reglamento Hipotecario siendo sus efectos, duración y contenido los mismos que la anotación preventiva por defecto subsanable, por lo que la única especialidad deriva del tipo de asiento que provoca, esto es la nota marginal preventiva.

4. Duración.

La anotación preventiva por defecto subsanable no se sujeta a la duración general que para las anotaciones establece el artículo 86 de la ley, de cuatro años, sino que se incluye entre aquellas para las que la ley señala un plazo más breve, consecuencia de ello es que el artículo 96 de la Ley Hipotecaria señala como plazo el de sesenta días, sin perjuicio de su prórroga por ciento ochenta días por justa causa y en virtud de providencia judicial. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 169.2 del Reglamento Hipotecario.

La prórroga habrá de ser dictada por la autoridad judicial competente, esto es o bien por el Juez que entienda del procedimiento del que dimana el documento judicial suspendido, o bien el juez de Primera Instancia del lugar donde radique la finca en los documentos administrativos, privados o notariales, por analogía con el artículo 416 y 205.2 del Reglamento Hipotecario.

En cuanto al procedimiento lo describe el artículo 204 del Reglamento Hipotecario, es el siguiente:

- Se inicia mediante escrito dirigido al Juzgado en el que ha de acreditar la causa por la que no ha podido subsanar el defecto durante la vigencia de la anotación preventiva por defecto subsanable.
- Se dará traslado a la otra parte interesada para que preste su conformidad.
- El Juez decidirá mediante resolución motivada cuando considere que el defecto es subsanable, y la causa del retraso en subsanar es justificada.

Ahora bien si oída la otra parte no estuviera de acuerdo en la prórroga se acudirá al juicio verbal.

Sin embargo el artículo 205.1 del Reglamento Hipotecario contempla la posibilidad de que la prórroga sea solicitada directamente al Registrador, sin intervención judicial, cuando el defecto sea la existencia de una interrupción del tracto sucesivo, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Esta sería la duración normal de la anotación y su prórroga, sin embargo existen excepciones:

– ***El artículo 205 del RH contempla una prórroga por causas extraordinarias de un año en caso de anotación preventiva por falta de previa inscripción.***

A esta prórroga se refiere el artículo 205.2 del Reglamento Hipotecario, que considera causas extraordinarias la incoación de un expediente de dominio u otras análogas. Según las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de abril y 25 de julio ambas del 2007, se configura como una segunda prórroga de duración máxima de un año.

– ***Cuando se subsane y se presente la subsanación en el Registro de la Propiedad en los últimos quince días de la vigencia de la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable.***

En estos casos, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley Hipotecaria, se prorrogará la vigencia de la anotación para hacer constar la conversión en quince días hábiles. Sin embargo, no creo que sea de aplicación a este caso la prórroga extraordinaria de 30 días por entender que ya se ha extendido el asiento, y sólo se trata de convertirlo.

V. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA SUSPENSIÓN DE LA CANCELACIÓN.

La existencia de defectos subsanables permite la extensión de la anotación preventiva de suspensión, y ello ocurre también cuando la pretensión incoada es la cancelación de un asiento. El Reglamento Hipotecario se ocupa de la anotación preventiva de suspensión cuando el defecto que impide la cancelación de una inscripción o anotación preventiva es o bien la insuficiencia del documento presentado o bien la duda de la competencia del Juez o Tribunal que lo haya ordenado (Artículo 200 del Reglamento Hipotecario). Este artículo hay que ponerlo en relación con el artículo 99 y 100.1 de la Ley Hipotecaria, y considerar que los supuestos a que se contrae están perfectamente delimitados:

– *La insuficiencia del título.*

Un supuesto, tratándose de documentos judiciales, sería no insertar la resolución judicial que acuerda el embargo en los mandamientos (artículo 165 del Reglamento Hipotecario).

En las escrituras públicas notariales, podría ser la insuficiencia de poder del transmitente.

– *La falta de competencia del Juez o Tribunal.*

No se trata de una ausencia de competencia o dudas generales sobre la misma, sino sólo cuando la competencia sea dudosa por *no firmar el despacho el mismo que hubiera decretado la inscripción o anotación preventiva (artículo 100.1 Ley Hipotecaria)*.

Los artículos 100.2, 101 y 102 de la Ley Hipotecaria, así como los artículos 202 y 203 del Reglamento Hipotecario regulan el recurso que se ofrece a los interesados ante la duda por el Registrador de la competencia del Juez o Tribunal.

El procedimiento se inicia mediante la notificación del defecto de competencia al interesado para que si lo estima conveniente recurra ante el presidente de la Audiencia en el plazo de diez días a contar desde la notificación del defecto.

El recurso se presentará mediante escrito al que se acompañe el título expedido por el Juez o Tribunal del que hay dudas sobre su competencia. El presidente de la Audiencia podrá reclamar del Registrador los datos necesarios para pronunciarse. Su decisión se comunicará por escrito del Registrador y de la forma ordinaria a los interesados.

El Presidente de la Audiencia podrá reclamar del Registrador los datos necesarios para pronunciarse.

La decisión del Presidente de la Audiencia puede ser apelada tanto por los interesados como por los Jueces cuya competencia se ha negado en el plazo de tres días desde la notificación. El

órgano competente será la Sala de Gobierno quien examinará tanto el escrito del recurrente como el informe del Registrador, pudiendo reclamar para mejor proveer los documentos que estime convenientes, tras lo cual dictará resolución.

La práctica de la anotación preventiva por defecto subsanable que impida la práctica de la cancelación no ofrece especialidad alguna en cuanto al procedimiento:

– Se extienden los mismos asientos que en el régimen general de la anotación preventiva por defecto subsanable.

– Su contenido es también idéntico. El artículo 200 del Reglamento Hipotecario desarrolla las circunstancias que han de constar en la anotación y que son: «... se exprese la inscripción o anotación cuya cancelación se pida, el documento presentado con este fin, su fecha, la de su presentación y el motivo de la suspensión».

La diferencia estriba en el diferente plazo de duración y en la especialidad de los trámites a seguir para subsanarlo.

En cuanto al plazo el artículo 201 del Reglamento Hipotecario distingue:

– Si el defecto subsanable fuera o bien la suficiencia del documento o bien la competencia de los Jueces o Tribunales que ordenen la cancelación la duración será de sesenta días (artículo 201.1 del Reglamento Hipotecario).

– Si se hubiera recurrido la decisión sobre la competencia del Juez ante el Presidente de la Audiencia, la duración de la anotación preventiva de suspensión no caducará hasta que comunicada al interesado la decisión del Presidente se acredite que no se ha interpuesto en el plazo de ocho días desde la notificación del recurso de apelación del artículo 102 del Reglamento Hipotecario (artículo 201.2 del Reglamento Hipotecario).

VI. CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE.

La anotación preventiva por defecto subsanable tiene vocación de interinidad, es decir, que está llamada a convertirse en el asiento solicitado mediante la subsanación de los defectos advertidos. Tres son las situaciones que pueden originar la cancelación de la anotación preventiva por defecto subsanable:

– No subsanación del defecto o caducidad por el transcurso del tiempo. Puede producirse o bien por la inactividad del interesado, del presentante o del autorizante que hubiera pedido la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable, o bien por la aportación de documentos que no subsanan el defecto advertido.

La primera situación lleva aparejada la caducidad de la anotación o de ésta y su prórroga o prórrogas. La caducidad de la anotación se hará constar al practicar algún asiento en el Libro de Inscripciones o al expedir una certificación. La caducidad provocará también la extinción del asiento de presentación del que se deriva la anotación preventiva por defecto subsanable, y con ella la prioridad ganada. No obstante el título podrá ser objeto de nueva presentación.

La segunda situación, implica la calificación por el Registrador de la documentación aportada, y su denegación. De este modo vendrá obligado a notificar que no se ha subsanado, contando para ello con los plazos de calificación y notificación de los artículos 18.2 y 323 de la Ley Hipotecaria. Esta notificación no dará lugar a nueva prórroga por notificación de defectos, cuando no se añada nada nuevo al anteriormente notificado (artículo 323.2 Ley Hipotecaria).

– La subsanación del defecto o conversión en el asiento inicialmente solicitado.

La subsanación del defecto en tiempo y forma provocará la conversión del asiento en definitivo. Para ello deberá aportarse el título debidamente rectificado o los documentos comple-

mentarios requeridos durante la vigencia de la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable, con el fin de mantener la prioridad ganada. No se produce nueva presentación ya que está vigente el asiento de presentación.

Una vez presentados, el Registrador procederá a calificar si reúnen los requisitos exigidos para subsanar el defecto. Si la calificación es favorable el Registrador procederá a su inscripción en el plazo de quince días desde su aportación (artículo 197.2 de la Ley Hipotecaria).

Si la conversión supone que la anotación preventiva por defecto subsanable pasa a ser una anotación preventiva, dado el carácter temporal de este asiento cabe plantearse cuando se inicia el cómputo para la caducidad de esta nueva anotación. La Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de uno de septiembre del 2000 y de veintiocho de febrero de 2001 entendió que el «dies a quo» era el de la fecha de la conversión, del mismo modo que para la anotación lo es el de su práctica y no el del asiento de presentación.

– La renuncia a la anotación preventiva por defecto subsanable.

La anotación preventiva por defecto subsanable es un instrumento en manos del interesado que protege la prioridad ganada para su derecho. Por ello es una garantía renunciable por aquel a quien beneficia.

De este modo la cancelación de la anotación podrá renunciarse antes de que transcurra el plazo de caducidad que marca la ley. El artículo 206.12 del Reglamento Hipotecario permite la cancelación de la anotación cuando la persona a cuyo favor estuviere constituida renunciare a la misma o al derecho garantizado. Así bastará con que el que la solicitó manifieste su voluntad de que sea cancelada.

La cancelación se solicitará mediante instancia suscrita por quien la solicitó. Ahora bien, el artículo 208.2 del reglamento Hipotecario exige que la instancia tenga las firmas legitimadas notarialmente o se ratifique ante el Registrador quien deberá asegurarse de la identidad de la persona y de su capacidad y poder dispositivo. No obstante lo expuesto si la anotación la solicita el Notario o el Juez bastará con su firma y sello, sin mayores garantías.

VII. EFECTOS.

Los efectos que produce la anotación preventiva por defecto subsanable son:

– Prorroga la vigencia del asiento de presentación con la finalidad de permitir subsanar los defectos apreciados sin perder la prioridad ganada.

– Impide la aparición de terceros de buena fe. Confirmando este efecto las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15, 16 y 17 de septiembre de 2005.

– La aportación de los documentos subsanatorios durante la vigencia de la anotación preventiva por defecto subsanable no originan un nuevo asiento de presentación (artículo 108 del Reglamento Hipotecario). Si caduca la anotación preventiva por defecto subsanable entonces deberá presentarse la titulación de nuevo iniciándose el procedimiento registral.

– Se prorrogan los asientos de presentación posteriores contradictorios o no y los conexos mientras subsiste la anotación preventiva por defecto subsanable. Así resulta de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de abril de 2005.

– El título que causa la anotación preventiva no puede ser objeto de nueva calificación mientras subsista el defecto.

VIII. CONCLUSIONES.

De todo lo expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Las reformas operadas en el procedimiento registral corroboran la eficacia de la anotación preventiva por defecto subsanable como medio para salvaguardar la prioridad ganada a través

del asiento de presentación, mientras se remuevan los obstáculos que impiden obtener la pretensión de protección registral incoada.

2. Se ha ampliado la legitimación para su solicitud extendiéndola al autorizante del título.

3. La falta de una visión completa del procedimiento registral, provoca que la reforma sea contradictoria en cuanto a las anotaciones preventivas por defecto subsanable en resoluciones dictadas en procedimiento judicial y administrativa, pues se mantiene la extensión de oficio. No obstante, una interpretación integradora de las normas debe conducirnos a no practicar la anotación preventiva hasta que se agote el plazo de sesenta días de prórroga del asiento de presentación, consecuencia de la notificación del defecto.

4. No se ha considerado la posibilidad de incluir entre los asientos que pueden ser susceptibles de anotación preventiva por defecto subsanable, el asiento de presentación, sólo se consideran los asientos que se practican en el Libro de inscripciones, y no en el Libro Diario. Hoy el asiento de presentación es el único que no puede beneficiarse del asiento provisional que es la anotación que nos ocupa, de tal modo que no puede mantener la prioridad pues no se puede extender si no reúne los requisitos exigidos. Es el caso de falta de forma no esencial. Debiera considerarse, de *lege ferenda*, la posible introducción de la anotación preventiva del asiento de presentación en el Libro Diario aún cuando por su trascendencia con una duración temporal inferior.