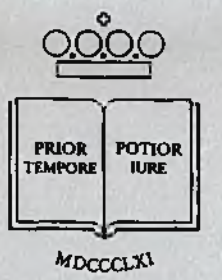
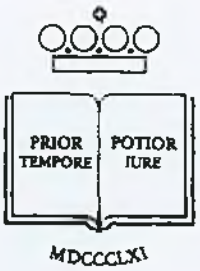


Colegio de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España
Centro de Estudios Registrales

LAS PROHIBICIONES DE DISPONER EN EL DERECHO ESPAÑOL

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Francisco Javier Gómez Gálligo, nacido el 19 de julio de 1960, ingresó en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad en las oposiciones de 1984. Es doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, con la calificación de sobresaliente «cum laude» por su tesis doctoral «Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad: Distinción entre faltas subsanables e insubsanables» (1.ª edición en 1989, 2.ª edición en 1991). Desde 1987 es Registrador de la propiedad de Tarragona III. Ha publicado artículos sobre Derecho Inmobiliario registral, entre los que figuran «Anotaciones de embargo y principio de prioridad» (B.C.R. n.º 249), «Adquisiciones inmobiliarias por sociedades mercantiles» (B.C.R. n.º 265), «Cláusulas de interés variable en las hipotecas» (R.C.D.I. n.º 604), «Condición resolutoria en garantía de precio aplazado» (B.C.E.H.C. marzo 1992 y lunes 4,30 abril 1992), «Efectos de la retroacción de la quiebra» (R.C.D.I. n.º 611), «Inscripción de titularidades fiduciarias en el Registro de la Propiedad» (Actualidad Civil, agosto 1992), etc. Ha sido profesor en el curso sobre gestión inmobiliaria de la Universidad Central de Barcelona y ponente en los cursos máster de derecho registral de 1991 celebrados en Madrid y Barcelona. En 1992 le ha sido concedida la Cruz de San Raimundo de Peñafort.



Colegio de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España
Centro de Estudios Registrales

LAS PROHIBICIONES DE DISPONER EN EL DERECHO ESPAÑOL

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad y Mercantil

I.S.B.N.: 84-87262-45-7
Depósito legal: M-33.437-1992

J. SAN JOSE, S. A. - Leganitos, 24 - 28013 Madrid

A mis tres hijos,
«a pesar» de los cuales
he podido realizar este
trabajo, con cariño

INDICE

Págs.

Prólogo 15

Introducción 17

CAPITULO PRIMERO
CONCEPTO Y CARACTERES DE LAS PROHIBICIONES

Las prohibiciones de disponer constituyen una noción afectante al derecho subjetivo 27
Las prohibiciones de disponer restringen el poder de disposición sin privarlo totalmente 28
La prohibición de disponer implica la creación de una situación jurídica protegida 29
Sanción por incumplimiento: la nulidad absoluta como regla general pero no exclusiva 32
Las prohibiciones no constituyen verdaderos derechos reales 33
Estudio inicial de las diferencias con los derechos de adquisición preferente 34
Diferencias entre la prohibición de disponer y el modo 35
Exclusión de las prohibiciones en los derechos indisponibles 38
Las prohibiciones afectan al contenido del derecho subjetivo 39
Diferencias entre prohibición de disponer e intransmisibilidad derivada del objeto 40
Diferencias de las prohibiciones con la falta de capacidad: intransmisibilidad derivada del sujeto 41
Las prohibiciones de disponer no afectan propiamente a la legitimación para disponer aunque la excluyen 46

— En particular las diferencias con la falta de legitimación del gestor de negocios ajenos sin mandato 52
Diferencias con otras situaciones jurídicas interinas 56
Definición de las prohibiciones de disponer 59
Caracteres de las prohibiciones de disponer 60
1. Causa justa 60
2. Temporalidad 62
3. Fundamento de garantía 66
4. Reconocimiento legal 67
5. Han de estar expresamente establecidas 68
6. Eficacia erga omnes 69
La oponibilidad en figuras afines 84
El pacto de reserva de dominio 84
El pacto de reserva de dominio en el arrendamiento financiero o leasing inmobiliario 98

CAPITULO SEGUNDO
CLASES DE PROHIBICIONES DE DISPONER

Prohibiciones legales 104
I. Pacto de sobrevivencia en Cataluña 104
II. Bienes objeto de hipoteca mobiliaria 112
III. Prohibición de enajenar los bienes del ausente 112
IV. La prohibición de adquirir por compra los tutores, mandatarios y albaceas los bienes confiados 113
V. La prohibición del pacto comisorio: Estudio especial del pacto comisorio en la venta con pacto de retro y en la venta en garantía 115
VI. La prohibición de disponer bienes adquiridos por retracto de abolorio 120
VII. Prohibición de disponer en el consorcio foral aragonés .. 122
Prohibiciones legales de disponer configuradas a través de la figura del asentimiento 123
I. Prohibición de disponer de la vivienda habitual por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro 124
II. Prohibición de disponer de la vivienda privativa cuyo uso corresponde al otro cónyuge 128
III. Prohibición de disponer la explotación familiar agraria 131
Diferencias de las prohibiciones legales con figuras afines 132
I. Supuestos de falta de legitimación si no se cumplen ciertos requisitos legales 132

II. Supuestos en que la enajenación atribuye un derecho de adquisición preferente 133
III. Supuestos de mero compromiso obligacional de no disponer exigido por la ley 138
IV. Supuestos en que la adquisición requiere una autorización administrativa previa 139
A. Legislación sobre control de cambios 139
B. Enajenaciones a favor de extranjeros en zonas de acceso restringido 141
Prohibiciones procesales 142
I. Procedimientos administrativos 142
II. Procedimiento judicial 143
1. La anotación preventiva de prohibición de disponer 143
2. Las derivadas del retracto legal 144
3. Bienes ganados en rebeldía del demandado 145

CAPITULO TERCERO
LIMITACIONES INSTITUCIONALES DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Semejanzas y diferencias de las prohibiciones con las limitaciones estatutarias de la propiedad horizontal 149
Semejanzas y diferencias de las prohibiciones de disponer y las limitaciones Institucionales de los derechos reales 154

CAPITULO CUARTO
PROHIBICIONES VOLUNTARIAS

Prohibiciones en negocios gratuitos 163
Negocios con causa mixta o con causa gratuita u onerosa según los casos 165
Prohibiciones en negocios onerosos 167
Conveniencia de las prohibiciones de disponer en ciertos supuestos de negocios onerosos 168
I. Pacto de reserva de dominio 169
II. Prohibición de arrendar los bienes hipotecados 170
III. Prohibición de arrendar los bienes vendidos con pacto de retro 174
IV. Prohibición de disponer de los bienes por el declarado en suspensión de pagos Impuesta en el convenio 175

V. Prohibición de disponer de la vivienda habitual en las parejas estables no casadas pero con hijos comunes ... 177
VI. Prohibición de uso a los demás comuneros de parte de un bien común ... 180
VII. Prohibición de ejercicio de la acción de división por los comuneros ... 181
VIII. Prohibición de enajenar los inmuebles vendidos como complemento del pacto de reserva de dominio ... 181
IX. Condición resolutoria explícita en garantía de otras prestaciones principales: cesión a cambio de alimentos y contrato de permuta por obra futura ... 185
X. Prohibición de disponer de una cuota parte indivisa mientras dure el pacto de indivisión ... 188
XI. Prohibición de disponer en actos a título oneroso en Navarra ... 189
XII. Venta de bienes muebles a plazos ... 190
XIII. Prohibiciones de disponer en la venta fiduciaria ... 192
XIV. Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones ... 193
XV. Pactos sobre disposición del derecho del superficiario .. 195
Recapitulación sobre las prohibiciones de disponer en negocios onerosos: necesidad de causa suficiente ... 195

CAPITULO QUINTO
EFECTOS DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Efectos respecto de actos dispositivos posteriores ... 205
Efectos respecto de actos dispositivos derivados de asientos anteriores ... 210
Efectos respecto de actos dispositivos anteriores no inscritos ... 211

CAPITULO SEXTO
CANCELACION DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Cancelación de las prohibiciones de disponer ... 217
1.º Por consentimiento del otorgante ... 217
2.º No puede cancelarse por consentimiento de todos los interesados en la partición ... 218
3.º Por no estar incluidos en la herencia los bienes afectados ... 220

4.º Por transcurso del plazo de su duración 221
5.º Por cumpiimiento de la condición 221
6.º Por ser los bienes afectados por la prohibición adjudicados en pago de ia legítima 222
7.º Por fallecimiento de la persona a cuyo consentimiento se vincula la disposición 222
8.º No cabe cancelación por los favorecidos 224
9.º Por enajenación forzosa por causa de utilidad pública ... 224
10.º Por ejecución en procedimiento de apremio 225
11.º Por ejecución de un embargo o una hipoteca anteriores a la prohibición 225
12.º En juicio declarativo o de liberación de cargas 226
13.º Por acuerdo del patronato y protectorado 226
14.º Por cancelación del asiento de inmatriculación 227
15.º Examen especial de la cancelación de las prohibiciones de disponer por retroacción de la quiebra 227

CAPITULO SEPTIMO
CARACTER CONSTITUTIVO DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

La legitimación mercantil. Estudio del artículo 129 L.S.A. 243
Conclusiones sobre el caracter constitutivo que se propugna «lege ferenda» para las prohibiciones de disponer 244
I. Inoponibilidad a terceros adquirentes de las prohibiciones de disponer no inscritas en el Registro 244
II. Plena identidad entre publicidad y oponibilidad 247
III. Las prohibiciones no inscritas inoponibles sólo producen los efectos derivados del enriquecimiento injusto 249
IV. Las prohiblciones no inscritas no afectan al subadquirente ni tampoco al primer adquirente 251
V. No deberían afectar ni siquiere al que no inscribe 253
VI. Efectos de la inscripción en el registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer 225
VII. Para determinar los efectos de las prohibiciones inscritas hay que atender al título constitutivo o a la ley 256
VIII. La figura del asentimiento como modalidad de las prohibiciones de disponer 257
IX. Fomento de la figura del asentimiento y exclusión de las figuras meramente restrictivas 257

X. Admisibilidad de las prohibiciones de disponer así entendidas en los negocios onerosos 258
XI. Necesidad siempre a estos efectos de una causa justa .. 259
XII. Restricción de la eficacia de tanteos y retractos legales .. 260
XIII. Propuesta de modificación de los artículos 26 y 27 L.H. .. 261

Bibliografía 265

Equivalencias 269

PROLOGO

El Colegio de Registradores viene realizando una labor, pensamos que importante, en la difusión de trabajos de investigación en materias relacionadas con el Derecho privado y, en especial, en aquellas que tienen mayor repercusión en la labor profesional de los Registradores.

El tema de las prohibiciones de disponer ha sido siempre un tema querido para los hipotecaristas. Y ello es así porque, si partimos de la diferencia esencial entre prohibición de disponer y obligación de no disponer —pues el efecto de la infracción de esta última es exclusivamente la posible indemnización de daños y perjuicios pero manteniéndose la validez del acto por el que se infringió la prohibición— la prohibición de disponer de origen negocial necesita ineludiblemente la publicidad registral para producir sus efectos.

Además de ello, esta materia ha sido objeto principal de estudio por los hipotecaristas porque, como se ha dicho acertadamente[1], el Código civil no fue muy afortunado en su regulación de las prohibiciones de disponer pues, exclusivamente movido por la preocupación obsesiva de limitar las sustituciones fideicomisarias, y, por ello, con olvido del fragmento de Marciano, que había pasado a Las Partidas (5,5,44), sólo dedicó el tema al artículo 785, 2.º y, por remisión de éste, el 781.

Tampoco las Leyes Hipotecarias de 1909 abordaron el tema. Por ello la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 afirma:

«Las prohibiciones de enajenar, de singular importancia en una legislación de tan honda raigambre familiar como la nuestra, no han sido reguladas en el Código civil, a diferencia de lo que acontecía en el

[1] Roca Sastre: Derecho Hipotecario, 7.ª ed., Barcelona, 1979, II, págs. 703 y ss.

Derecho histórico patrio y en el romano. En la vigente Ley Hipotecaria, se alude a ellas en los artículos 2.º, 42 y 107, pero sin determinar su alcance y valer hipotecario. Semejante laguna ha sido, en gran parte, suplida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

A sistematizar esta materia responde la cuatrimembre clasificación que de las precitadas prohibiciones se hace. Sus efectos, por lo que al derecho inmobiliario concierne, quedan perfectamente precisados. Mas su reglamentación adolecerá de incompleta, mientras la legislación civil omita el conveniente desarrollo de una materia que, por ser extraña a esta Ley, no ha sido objeto de más detenido estudio.»

Bien sea por esta circunstancia histórica, o más bien porque, en el fondo, el tema de las prohibiciones de disponer quizá sea un tema específicamente registral —pues, como aludía antes, no parece posible pensar que dichas prohibiciones puedan *existir* sin publicidad registral— es por lo que el tema de las prohibiciones de disponer fue un tema tratado casi exclusivamente por los hipotecaristas.

Francisco Javier Gómez Gálligo, joven y estudioso Registrador, continúa la tradición y hace en este trabajo una importante aportación al tema. Nuestro deseo es que este libro nos sirva a todos los lectores para aclararnos conceptos y estimularnos a profundizar en la materia.

José Poveda Díaz
Decano del Colegio de Registradores

INTRODUCCION:
EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE TRAFICO JURIDICO

Desde que se iniciaron las desamortizaciones de los bienes vinculados a principios del siglo XIX hasta nuestros días, ha sido tendencia general en nuestro Derecho el fomentar e impulsar el tráfico jurídico de los bienes inmuebles, en base fundamentalmente a razones económicas, dada la situación perjudicial que para la economía del país habían constituido durante la edad media y moderna las llamadas «manos muertas» o inmuebles sustraídos al comercio.

El perjuicio económico de las vinculaciones lo sufrían los propios titulares de los mayorazgos, como lo demuestra el hecho de que recurrieran a subterfugios para eludir su aplicación, mediante la solicitud al Rey de dispensas especiales, como para poder hipotecar[1].

En este sentido, tanto la desamortización de Mendizábal realizada entre 1836 y 1844, que afectó fundamentalmente a bienes vinculados de carácter eclesiástico, como la desamortización civil o de Madoz, entre 1855 y 1900, que afectó principalmente a los bienes de propios municipales y de beneficencia del Estado, como el precedente de la supresión de la Compañía de Jesús en el trienio liberal (1820 a 1823), significaron un importante incentivo a la economía de España, mediante la puesta en circulación de cerca del veinte por ciento del territorio nacional[2] que hasta entonces había permanecido «amortizado» —vinculado o sin posibilidad de enajenación—.

En concreto la ley de 1 de mayo de 1855, decretó la subasta de todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al

---

[1] Jago, «Influence of debt», pág. 222.
[2] Simón Segura, «Historia económica mundial», pág. 477.

Estado, al clero, a las órdenes militares, cofradías, obras pías y santuarios; de los bienes de propios y comunes de los pueblos; de los de beneficencia, instrucción pública, y «cualesquiera otros pertenecientes a manos muertas».

La trascendencia económica y política de las desamortizaciones ha sido siempre resaltada, aunque no siempre se juzga positivamente. Así generalmente se pone de manifiesto cómo la desamortización debió llevarse a cabo por vías distintas, que hubieran impedido que los bienes desamortizados cayeran de nuevo en los latifundistas mejores postores del momento (por ejemplo, en lugar de incautar y sacar a la venta los bienes, haber concedido préstamos a pequeños propietarios para su adquisición), de manera que se hubiera creado una pequeña burguesía que hubiera impulsado la industrialización, y no —como ocurrió— el reforzamiento de la clase social de los terratenientes[3].

Este propósito de liberalización de la contratación inmobiliaria y consiguiente entrada en el comercio de la práctica totalidad del patrimonio inmueble vinculado —con las excepciones clásicas de los bienes «extra comercium»— se puso de relieve también en la época de la codificación.

Así la propia Exposición de Motivos de la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861 destaca como principio orientador del sistema hipotecario que se estaba instaurando el del fomento del crédito territorial, lo que llevó por ejemplo a desechar el antiguo sistema de hipotecas ocultas, prohibiendo las hipotecas generales no publicadas.

En este sentido, se consideró como objeto de los Registros de la Propiedad que por virtud de ella se crearon, el «mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial y poner coto a fraudulentos engaños»[4] pues «es necesario alejar de la propiedad inmueble y del Registro, todo lo que directa o indirectamente propenda a disminuir el crédito territorial»[5], y en este sentido se consideró ineficaz el pacto prohibitorio de ulteriores hipotecas «porque además de no dar mayor firmeza a la seguridad de lo que se estipula, disminuye innecesariamente sin justicia y sin explicación posible el crédito territorial»[6].

En todo caso, la plena libertad de enajenación respecto de los bienes vinculados no fue inmediata en la medida que la aplicación

---

[3] Simón Segura, op. citada, pág. 478.

[4, 5 y 6] Exposición de Motivos recogida en «Leyes Hipotecarias y Registrales de España», tomo I, págs. 236, 279 y 267.

intermitente de las leyes desamortizadoras exigió la necesaria armonización de los intereses contrapuestos de poseedores y sucesores de las vinculaciones, autorizando tan sólo a aquéllos a disponer de la mitad de tales bienes procedentes de mayorazgos, correspondiendo la otra mitad a los inmediatos sucesores de los extintos mayorazgos, a los cuales no obstante, se les permitía enajenar su mitad, aunque con carácter revocable para el caso de no ser ellos los sucesores a la muerte del poseedor, de forma que si «a la muerte del poseedor resultase ser el sucesor inmediato otra persona distinta, quedaría revocada la enajenación hecha por el sucesor presunto»[7], de la misma forma que para ser inscribibles las escrituras de venta otorgadas por el poseedor de una vinculación que no tuviera sucesores legítimos debía acreditarse tal circunstancia fehacientemente a través de una información de testigos[8].

Toda esta situación era perjudicial dada la inseguridad jurídica que generaba, y que quería combatir precisamente la citada ley hipotecaria. Incluso se advirtió en la propia discusión parlamentaria de la ley, que aún durante un cierto tiempo subsistiría la posibilidad de ejercicio de antiguas acciones vinculares, por lo menos hasta que trancurriesen los treinta años de prescripción de las mismas, pues lo que sí estaba claro era que el nuevo sistema al excluir los mayorazgos consiguientemente excluía la imprescriptibilidad que siempre les caracterizó[9].

El Código Civil, respetuoso con la mentalidad liberal de la época, definitivamente consagra la libertad de circulación de la riqueza inmobiliaria, excluyendo las prohibiciones perpetuas de enajenar y aun las temporales, salvo aquéllas que cumplieran los mismos límites que se establecían respecto a las sustituciones fideicomisarias (artículos 785 párrafo 2.º en relación con el 781 C.C.).

Y así el principio de que la propiedad es naturalmente libre fue sancionado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que afirmó la natural libertad de las cosas (R.D.G.R.N. de 25-4-1931 y 5-2-1925) y la regla general de libertad de dominio (R.D.G.R.N. de 1-2-1952).

Este principio de libertad de tráfico fue finalmente consagrado en la ley hipotecaria. Tiene en efecto, su reconocimiento legal —entre otros

---

[7 y 8] Galindo y Vera y Escosura, «Comentarios a la legislación hipotecaria», páginas 353 y 354.

[9] Contestación del Sr. Permanyer al Sr. Ortiz de Zárate en la sesión de 7 de enero de 1861 recogida en «Leyes», op. citada, páginas 175 y ss.

artículos— en el artículo 107, párrafo 4.º de la vigente Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, que prohíbe el pacto de no volver a hipotecar la finca anteriormente hipotecada, y que reconoce también la jurisprudencia ordinaria al afirmar la necesidad de «evitar las vinculaciones, como contrarias a la naturaleza de la propiedad» (S.T.S. 29-10-1949).

La misma ley hipotecaria introduce —como en otros muchos aspectos— una verdadera regulación de derecho civil sustantivo, al recoger por primera vez en sus artículos 26 y 27 los supuestos y efectos de inscripción de prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad, admitiéndolas —las convencionales— tan sólo en actos gratuitos, como estudiaremos con posterioridad.

Ello no quiere decir que hasta entonces no se admitiesen las prohibiciones de disponer. La jurisprudencia anterior a la vigente ley hipotecaria las admitía, pero con cautela.

Así la R.D.G.R.N. de 11 de marzo de 1932 estableció que «no puede decirse que la prohibición de enajenar constituya un nudo pacto de los que estimaba totalmente inválidos el derecho romano, actualmente en vigor en Cataluña, y a los que hacen referencia las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1884 y 12 de enero de 1907, ya que no siendo en el caso actual una prohibición sin finalidad apreciable, es inaplicable aquella doctrina de los nudos pactos».

E igualmente en favor de su inscribibilidad se pronunció la *R.D.G.R.N. de 14 de octubre de 1932,* «por exigir el Reglamento Hipotecario —entonces artículo 61— dar a conocer en la inscripción la extensión del derecho inscrito, haciendo mención circunstanciada de todo lo que según el título determine el mismo derecho o limite la facultad de disponer del adquirente, cual las prohibiciones de enajenar».

Ahora bien, como ya advirtió la antes citada *R.D.G.R.N. de 25 de abril de 1931* «la prohibición absoluta de enajenar bienes, como contraria a la natural libertad de las cosas, no puede presumirse ni ampliarse».

Aún hoy en día siguen produciéndose nuevas manifestaciones legislativas de esta tendencia a evitar el *entorpecimiento de la contratación inmobiliaria.*

Así —por citar una de las más recientes— la *ley de 9 de abril de 1990* del Parlamento de Cataluña, ha excluido la *afección legitimaria* que de oficio practicaba el Registrador de la Propiedad por imperativo del artículo 15 de la L.H. cuando el heredero no justificaba el pago de las legítimas a los herederos forzosos (previéndose en el artículo 138

de la Compilación Catalana[10] que el legitimario podrá pedir que se anote preventivamente en el Registro de la Propiedad la demanda en que se reclame la legítima o su suplemento, pero sin que se practique ningún otro asiento), lo que se justifica en el Preámbulo de la ley en la necesidad de buscar una configuración de la legítima que *«no dificulte el tráfico inmobiliario»*.

Las propias *Directivas de la C.E.E.*, basadas en la libertad de circulación de mercancías y de homogeneización de los principios de publicidad mercantil (no hay que olvidar que gran parte de la contratación inmobiliaria se realiza con intervención de compañías mercantiles), tienden a hacer *prevalecer el ámbito normal* del contenido de una relación jurídica frente a las limitaciones que se hubieran podido imponer sin una adecuada publicidad —como se manifiesta, por ejemplo, en sede de representación de los órganos sociales, y en concreto en el *artículo 129 de la L.S.A.*, T.R. de 22-12-1989 aprobado como consecuencia de la ley 25-7-1989 de adaptación de la legislación en materia de sociedades a las Directivas de la C.E.E., que hace prevaler en beneficio del tercero de buena fe el ámbito normal de representación de los administradores en función del objeto social inscrito, frente a las limitaciones estatutarias que se hubieran podido imponer al mismo, incluso aunque estén inscritas—.

Y en el mismo sentido la *R.D.G.R.N. de 22 de febrero de 1989* (revolucionaria en la materia al admitir, como se propugna también en este trabajo, la posibilidad de embargo y ejecución de bienes gravados con prohibición de disponer, dado el carácter imperativo del principio de responsabilidad patrimonial universal) considera que sería un «entorpecimiento del tráfico jurídico» el obligar siempre y en todo caso a averiguar la concreta situación de los bienes cuando —como ocurre con las prohibiciones de disponer— no se ha configurado la relación jurídica limitativa de derechos como una verdadera atribución de derechos subjetivos inscritos.

A todo ello se unen los tradicionales *principios de fe pública registral y legitimación*, recogidos en los artículos 34 y 38 de la L.H., que son base para una decidida protección del adquirente inmobiliario que confía en el Registro, «en clara protección sin remilgos del adquirente de buena fe del titular registral», como *señala la S.T.S. de 4 de marzo de 1988* al interpretar el artículo 1473 del C.C.

---

[10] Hoy artículo 366 del Código de Sucesiones de Cataluña de 30 de diciembre de 1991.

Consecuencia de estos principios de libertad de dominio, fomento del tráfico jurídico y legitimación registral que informan nuestro Derecho, es que toda limitación del derecho de propiedad debe ser *interpretada restrictivamente,* como ha puesto de manifiesto la *R.D.G.R.N. 5-9-1991* al negar la existencia de derecho de tanteo y retracto a favor de los arrendatarios en caso de aportación de fincas en la constitución de sociedades mercantiles.

Y en este contexto de no dificultar el tráfico jurídico debemos interpretar hoy en día las *prohibiciones voluntarias* de origen convencional, sean constituidas en actos *gratuitos u onerosos,* no debiendo importar tanto la naturaleza del acto constitutivo como la *razón de ser justificativa* de su existencia. Y por eso defiendo:

a) La necesidad siempre y en todo caso de una razón económico-jurídica suficiente para establecer prohibiciones de disponer (debe enfocarse el problema desde el punto de vista de la causa concreta no de la causa típica —onerosidad o gratuidad— del negocio).

b) La posibilidad de constituir prohibiciones de disponer en ciertos supuestos excepcionalmente justificados de *negocios onerosos,* siempre que se ajusten a los siguientes requisitos:

1. Causa concreta que lo justifique.

2. Exclusión de las figuras meramente restrictivas, de manera que deberán configurarse a través de la figura del *asentamiento* (en armonía con la tendencia jurisprudencial recelosa de las prohibiciones absolutas de disponer).

3. Regulación en el título constitutivo de las consecuencias del incumplimiento, de manera que su eficacia no sería determinar la nulidad absoluta del acto de contravención, sino la mera anulabilidad a instancia del favorecido.

En esto se diferenciarían de las prohibiciones de disponer en actos a título gratuito, que determinarán como regla general la nulidad absoluta del acto dispositivo realizado en su contravención, salvo que en el título constitutivo se establezca otra cosa.

c) El *carácter constitutivo* de su inscripción en el Registro de la Propiedad (ya que existen por lo menos que sólo existan las que puedan ser fácilmente conocidas) mediante la superación de la obsoleta relación de igualdad entre oponibilidad y autenticidad, sustituyéndola

por el binomio moderno de *oponibilidad igual a publicidad registral:* no tendrán validez (no mera eficacia real, sino ni siquiera eficacia alguna) y no serán propiamente tales si no están inscritas en el Registro de la Propiedad.

En consecuencia:

1. La oponibilidad como derivada de autenticidad, (interin no se sanciona expresamente el carácter constitutivo de la inscripción de las mismas) estará limitada a resolver los conflictos entre titulares no acogidos al sistema —titulares no inscritos—.

2. Las consecuencias inter partes del incumplimiento de las prohibiciones de disponer no inscritas, más que derivadas de una pretendida validez de las mismas como obligaciones de no disponer, serán consecuencia de la sanción por nuestro Ordenamiento del *enriquecimiento injusto.*

En esto se diferenciarían de los derechos de adquisición preferente, que por haberse configurado expresamente como atribución de un verdadero subjetivo serían objeto de mayor tutela jurídica, de manera que si no llegasen a inscribir en el Registro de la Propiedad —y por tanto carecieran de eficacia real— aún operarían como verdaderas obligaciones inter partes, cuyo incumplimiento generaría responsabilidad contractual.

Por otra parte, y en cuanto al *grado de ineficacia* del acto dispositivo realizado en su contravención, se defiende que no siempre es determinante de una *nulidad absoluta* sino que existen *supuestos de anulabilidad,* especialmente en las figuras de *asentimiento* —que son las que se propugnan para los supuestos excepcionales de negocios onerosos, frente a las figuras meramente restrictivas de menor justificación— en una interpretación flexible del artículo 6 del C.C., que tiene su apoyo:

a) En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya desde que la *S.T.S. de 8 de marzo de 1966* estableciera que el citado artículo —antes 4.º C.C.— establece un principio de gran generalidad que debe ser interpretado flexiblemente.

b) En la jurisprudencia registral, que ya en la *R.D.G.R.N. de 14 de abril de 1921* vislumbró que pueden existir junto a las prohibiciones *absolutas* —que acreditan una situación negativa— las prohibiciones *relativas* —establecidas en beneficio del transferente o de un tercero, y

que no determinan ipso iure el cierre registral— debiendo las absolutas descartarse en los negocios onerosos o como mucho concederles fuerza civil obligatoria sin trascendencia real (nosotros propugnamos su nulidad en los negocios onerosos) porque «sin constituir parte integrante y positiva de un derecho real, disminuyen innecesariamente el crédito territorial, crean una forma confusa e imperfecta de garantía y van en contra de la prescripción del artículo 107, párrafo 4.º L.H.».

Igualmente la *R.D.G.R.N. de 21 de abril de 1949* establece que las prohibiciones de disponer «han gozado de escasa simpatía en las modernas leyes civiles, por lo cual los Tribunales solamente admiten su validez cuando sean temporales, y estén justificados por una finalidad seria y legítima, sancionando los actos realizados en contra de las mismas con la simple nulidad y excepcionalmente con la resolución del derecho del favorecido».

Finalmente se defiende la restricción en la interpretación de las prohibiciones *legales*, respecto de las cuales cabe afirmar que se debe frenar la creación de nuevas figuras, restringir los efectos de las existentes y fomentar su engranaje en el sistema inmobiliario registral.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO Y CARACTERES DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

LAS PROHIBICIONES DE DISPONER CONSTITUYEN UNA NOCION AFECTANTE AL DERECHO SUBJETIVO

Sabido es que el derecho subjetivo, que es la facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico, está integrada por distintos elementos, a saber: voluntad apta, facultad o poder jurídico reconocido de exigir de una o varias personas un comportamiento determinado, el ordenamiento jurídico que lo delimita y los medios coactivos *de defensa* (Castán Tobeñas)[1].

Y en concreto, el derecho subjetivo más paradigmático, esto es, el domino o *derecho de propiedad,* es definido en el artículo 348 del C.C. como «el derecho de usar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidad en las leyes».

La *facultad de disposición* es así, por definición, una de las facultades ínsitasen el derecho de dominio, pero que puede venir restringida por el ordenamiento jurídico en ciertos casos, para proteger algún interés superior (limitaciones legales de dominio) o por voluntad del otorgante del negocio jurídico que lo configura, también reconocida por el ordenamiento para satisfacer alguna causa justa (prohibición de disponer).

Ahora bien, frente a las situaciones jurídicas creadas por la atribución o reconocimiento de un derecho subjetivo, existen otras llamadas por Castro *situaciones jurídicas secundarias*[2], entre las que se encuadran los derechos potestativos, que son aquellos supuestos en que determinadas personas tienen poder reconocido por el ordenamiento para provocar una modificación jurídica (nacimiento, extinción o modificación de derechos subjetivos).

La *prohibición de disponer* tiene así un *doble aspecto:*

---

[1] Castán Tobeñas, «Derecho Civil y Foral», tomo VII, pág. 32.
[2] De Castro, «Derecho civil de España», pág. 573.

a) Restringe una de las muchas facultades que integran el derecho subjetivo, fundamentalmente el de dominio.

b) Constituye para el beneficiado por ella una situación jurídica secundaria, pues aunque no atribuye propiamente un derecho subjetivo, sí permite al beneficiario destruir las situaciones jurídicas nacidas en caso de disposición del derecho, acercándose al concepto de derecho potestativo o de modificación jurídica.

Tiene por eso la consideración de *gravamen,* a todos los efectos legales, incluido la imposibilidad de afectar a la legítima (artículo 815-2.º C.C.), salvo que el legitimario lo acepte por haber recibido más de lo que por legítima le correspondía (cautela socini)[3].

LAS PROHIBICIONES DE DISPONER RESTRINGEN EL PODER DE DISPOSICION SIN PRIVARLO TOTALMENTE

La prohibición de disponer, en efecto, supone ante todo la restricción de la facultad de disposición que normalmente atribuye un derecho subjetivo (artículo 1.112 C.C.), esto es, de la posibilidad de *enajenación, gravamen y renuncia* del mismo.

En este sentido, la prohibición de disponer excluye la realización por parte del titular del derecho subjetivo afectado, de los llamados *actos de disposición* (transmisión, renuncia abdicativa o traslativa y constitución de derechos reales limitados y gravámenes), pero no los de *mera administración* (percepción de frutos —incluso civiles mediante el arrendamiento del bien— y demás actos ordinarios de utilización y aprovechamiento), ni siquiera excluye los llamados actos de *riguroso dominio,* que trascienden la mera administración ordinaria y habitual, pero sin constituir una limitación del derecho (como el caso de los actos de modificación hipotecaria —segregación, agrupación— o de declaración de derechos —obras nuevas, división horizontal—), aunque estos últimos siempre quedaran a su vez sometidos a la prohibición de disponer —confrontar *R.D.G.R.N. de 21-3-1991* para la que las declaraciones de obra nueva son meros actos de administración que reflejan un hecho constatado en la realidad, el cual puede ser inscrito siempre que no se altere la titularidad jurídica actual del inmueble, para lo cual

[3] Lacruz Berdejo, «Elementos», tomo V, págs. 491 y 497.

y en base al principio de rogación deberá ser así solicitado expresamente—.

Tampoco son actos de *disposición* en sentido estricto, las adjudicaciones hereditarias *para pago de deudas* efectuadas a favor de uno de los herederos —aunque sí lo serían si fueran a favor de un extraño—[4].

En todo caso, las prohibiciones de disponer presuponen que la *facultad de disposición* corresponde al titular del derecho subjetivo, de manera que *no es propiamente* una prohibición de disponer la *atribución a un tercero* de dicha facultad de disposición, como sucede por ejemplo en las donaciones de inmuebles con *reserva por el donante* de la facultad de disposición (artículo 639 C.C.).

Estos casos, aunque son *limitaciones* del dominio en el sentido del artículo 348 del C.C., no integran el concepto estricto de las prohibiciones de disponer, que presuponen siempre una facultad de disposición por su titular, aunque restringida en su ejercicio.

Así sólo existirá prohibición de disponer en *dos casos* que son los siguientes:

a) Restricción de la facultad de disponer sin atribución de la misma a ninguna persona (son las denominadas *figuras restrictivas unilaterales)*[5].

b) Restricción de la facultad de disponer mediante la exigencia de la concurrencia de un tercero, aunque sin llegar a atribuir a éste plenamente su ejercicio (son las que nosotros estudiaremos como figuras de *asentimiento).*

LA PROHIBICION DE DISPONER IMPLICA LA CREACION DE UNA SITUACION JURIDICA PROTEGIDA

Además de constituir una restricción de la facultad de disposición del derecho subjetivo, la prohibición de disponer supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de poder en favor del

---

[4] Camy S. Cañete, «Examen de actos jurídicos sobre inmuebles», página 19 citando la R.D.G.R.N. de 24-6-1902.

[5] Amorós Guardiola, «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», A.D.C., página 967.

beneficiado por ella, que sin constituir un propio derecho real, tiene —sin embargo— características muy semejantes al mismo.

En efecto, la prohibición de disponer *no constituye un verdadero derecho real* en cuanto no atribuye una facultad positiva o poder de actuación concreto sobre la cosa en favor del beneficiado por aquélla.

Pero sí *atribuye una facultad negativa* de respeto, que puede exigir el favorecido por la prohibición de disponer, pudiendo destruir «erga omnes», esto es, frente a cualquier adquirente del bien, la aparente eficacia jurídica creada por un acto dispositivo. Esta facultad deriva no sólo de la propia nulidad absoluta del acto de disposición efectuado en contravención de la misma —que puede ser instada por cualquiera— sino de la misma prohibición de disponer establecida en beneficio suyo. Atribuye, en este sentido, una *legitimación reforzada* para instar la declaración de nulidad.

Al mismo tiempo implica una situación de *litis consorcio pasivo necesario,* en la medida que no se podrá demandar únicamente al titular del bien, sino también al favorecido por la prohibición, caso de que éste estuviera expresamente reconocido por la ley o en el título constitutivo de la prohibición.

Así lo ha reconocido la *S.T.C. de 31 octubre de 1986,* respecto de una demanda de deshaucio de un arrendamiento concertado únicamente por uno de los cónyuges, dirigida sólo contra él y no contra el otro no firmante del arrendamiento pese a ser vivienda familiar (el art. 1.320 C.C. prohíbe a uno de los cónyuges disponer de la vivienda habitual sin consentimiento del otro), exigiendo la demanda a ambos para que no exista vulneración del principio constitucional de tutela efectiva.

Por tanto, la prohibición de disponer crea una situación protegida, a través de un *doble aspecto:*

a) Una legitimación especial para instar la nulidad del acto dispositivo (especialmente cuando la prohibición no se ha configurado como una figura meramente restrictiva de la facultad de disposición sino exigiendo el consentimiento del favorecido) —*aspecto activo*—.

b) Una situación de litis consorcio pasivo necesario respecto a acciones interpuestas contra el inmueble, que exigen demandar no sólo al titular del bien, sino también al favorecido por la prohibición —*aspecto pasivo*—.

Lo que ocurre es que esta facultad negativa de respeto —a diferencia de los derechos reales— *no tiene contenido económico* en provecho

del favorecido por la prohibición, ni integra su patrimonio, no siendo susceptible de enajenación —ni de transmisión mortis causa a los herederos del favorecido—, ni de embargo ni de renuncia o trasacción sobre la misma.

No tiene tampoco la naturaleza de *estipulación en favor de tercero* a que se refiere el artículo 1.257 párrafo 2.º del C.C. —que permite al tercero exigir su cumplimiento siempre que hubiere hecho saber su aceptación al obligado antes de haber sido aquélla revocada— porque no tiene contenido económico ni requiere *aceptación* por el favorecido. La prohibición de disponer —como vimos— o se configura como una mera restricción de la facultad dispositiva —no se podrá disponer durante un plazo determinado en atención a un determinado fin, que puede ser de protección a un tercero— o se configura como modalización del ejercicio de dicha facultad dispositiva exigiendo ulteriores requisitos —que viva, no se oponga o preste su consentimiento un tercero— pero sin atribuir a éste la condición de elemento esencial del negocio sino de mera *circunstancia accidental* que sirve para delimitar la amplitud de la relación jurídica creada.

En el momento en que el negocio contenga una verdadera *estipulación en favor de tercero,* —como ocurre en los supuestos de atribución de la facultad de disposición a una persona distinta de quien ostenta la titularidad del bien (como si se dijera: «Dono la nuda propiedad a A y el usufructo con facultad de disposición a B»)—, el derecho subjetivo del propietario estará limitado por carecer de facultad de disposición, pero no estaremos ante una propia prohibición de disponer, y requerirá la aceptación del tercero. (Igualmente tampoco es propia prohibición de disponer la reserva de la facultad de disposición por el donante, que admite el artículo 639 del C.C.). En estos casos el tercero —o el donante que se reservó la facultad de disposición— no es mero beneficiario, sino que es elemento principal del negocio, ostentando una facultad de contenido económico que sí deberá ser aceptada y que será renunciable, transmisible y embargable —e incluso susceptible de acción subrogatoria por los acreedores perjudicados al amparo del artículo 1.111 C.C.— y que, caso de no haber sido transmitida, será heredable conforme a las reglas generales de la sucesión, a menos que hubiera sido atribuida «*intuitio personae*», en consideración a la persona y con carácter personalísimo (como ocurre en la donación de la nuda propiedad a una persona y del usufructo con facultad de disposición a otra, en que extinguido el derecho de usufructo sin haberse dispuesto de la cosa, la facultad de disposición pasa al nudo propietario que consolida el dominio y no a los herederos del usufructuario; y lo mismo ocurre en el caso

citado de reserva de la facultad de disposición por el donante, pues se entiende «ex lege» transmitido tal derecho al donatario si no se hubiera ejercitado, sin pasar a los herederos del donante, artículo 639 C.C. citado).

SANCION POR INCUMPLIMIENTO: LA NULIDAD ABSOLUTA COMO REGLA GENERAL PERO NO EXCLUSIVA

En todo caso, la protección de la situación jurídica creada al configurarse una prohibición de disponer, se logra a través de la *sanción* que el ordenamiento jurídico otorga al acto realizado en su contravención: la *nulidad absoluta* del acto dispositivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 3 del C.C., salvo que en el título constitutivo (si es prohibición voluntaria) o en la ley (si es una prohibición legal), se prevea un efecto distinto para caso de contravención (artículo 6, párrafo 3.º inciso último).

En efecto, nada impide al donante o causante al imponer una *prohibición voluntaria,* regular los efectos para el caso de contravención, ya que el título de constitución es ley fundamental en la regulación de la relación jurídica creada —cfr. artículos 675 y 1.274 C.C.—.

Y así no será lo mismo que diga:

«Prohíbo a mi heredero disponer de la finca mientras viva su madre», en cuyo caso la sanción por incumplimiento debe ser la normal de toda prohibición, esto es, la nulidad absoluta (no ratificable ni siquiera con la comparencia del favorecido, esto es, de la madre) dado que la voluntad del causante fue excluir toda disposición en vida de la madre.

Que no que se establezca:

«Prohíbo a mi heredero disponer de la finca sin el consentimiento de su madre la cual podrá impugnar la enajenación efectuada», en cuyo caso la sanción por incumplimiento debe ser la anulabilidad a instancia de la madre, la cual podrá ratificar y purificar el negocio, e incluso será prescriptible la acción.

Lo mismo ocurre en el ámbito de las *prohibiciones legales,* y así frente a la nulidad absoluta de los actos dispositivos realizados en su contravención (artículo 6 C.C.) existen supuestos de *mera anulabilidad,* como los casos que estudiaremos de prohibición de enajenación de la vivienda familiar por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro

cónyuge, o del cónyuge separado a quien se ha atribuido el uso de la vivienda familiar —artículos 96 y 1.320 en relación con el 1.322 C.C.—, esto es, en los casos que denominaremos de *asentimiento.*

LAS PROHIBICIONES NO CONSTITUYEN VERDADEROS DERECHOS REALES

Aunque la prohibición de disponer no atribuya ningún derecho subjetivo o facultad dispositiva al beneficiado por ella, y en consecuencia, aunque no sea un verdadero derecho real, sí *tiene semejanzas con los derechos reales,* al imponer un deber de abstención universal, gozar de eficacia «erga omnes», esto es, cualquiera que sea el adquirente del bien, y ser susceptible de *inscripción* en el Registro de la Propiedad.

Es más, no sólo se trata de que la prohibición de disponer sea inscribible porque limite la facultad de disposición de un derecho frente a todos, sino que *sólo mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad puede existir una propia prohibición de disponer.* Sin tal inscripción, la prohibición de disponer no es oponible «erga omnes» porque queda a salvo el tercero favorecido por la fe pública registral (salvo las prohibiciones legales), de manera que tan sólo tendrá eficacia «erga omnes» la prohibición de disponer no inscrita cuando estemos ante títulos no inscritos(v. gr. heredero con prohibición de disponer que vende en documento privado, en cuyo caso la venta es nula) o si aún no se ha producido una transmisión a título oneroso, pues el adquirente a título gratuito quedaría afectado —cfr. artículo 34 L.H.— (donatario de quien heredó con prohibición de disponer, aunque inscriba su derecho), a menos que adquiera de titular inscrito y no conste inscrita la prohibición, que —como veremos posteriormente— debe protegerle el principio de legitimación aunque sea parte en la adquisición (artículo 32 L.H.).

En definitiva, aunque no son verdaderos derechos reales, las prohibiciones de disponer *adquieren plena eficacia real mediante la inscripción.*

La *R.D.G.R.N. de 20-12-1929* excluye, en efecto, que puedan ser consideradas como verdaderos derechos reales, sino sólo como restricciones impuestas que limitan las facultades dispositivas de un derecho por parte de su titular, *sin atribución de un derecho correlativo a otras personas.*

El que utilice la expresión «no son verdaderos derechos reales»

demuestra que para la jurisprudencia registral también constituyen las prohibiciones de disponer una figura jurídica muy cercana a los mismos.

ESTUDIO INICIAL DE LAS DIFERENCIAS CON LOS DERECHOS DE ADQUISICION PREFERENTE

Precisamente, el no ser verdaderos derechos reales, *diferencia a la prohibición de disponer de los derechos de adquisición preferente,* que sí son propios derechos reales, de manera que aunque puedan responder a una misma finalidad de garantía, sin embargo, se configuran diferentemente, pues:

a) Los derechos de adquisición preferente atribuyen un propio derecho real a su titular, susceptible de enajenación y gravamen, a diferencia de las prohibiciones de disponer, que como hemos visto no atribuyen un derecho correlativo a otra persona, y por tanto no son susceptibles de enajenación ni de gravamen.

b) Los derechos de adquisición preferente no excluyen la transmisión del inmueble, sino que la presuponen.

Se diferencia así la prohibición de disponer de:

— El *derecho de tanteo* convencional o legal.

— El *derecho de retracto* convencional o legal.

— El *derecho de opción* regulado en el artículo 14 del R.H.

Así lo explica la *S.T.S. de 9 de junio de 1990,* referente al *derecho de opción,* en los siguientes términos:

«Con la inscripción y por efecto de la publicidad registral el derecho de opción se opone erga omnes, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho de opción de compra, pero sin que tal inscripción opere el cierre del registro, por lo que el propietario de una finca, concedente del derecho de opción de compra, aun después de su inscripción en el Registro, puede enajenar o gravar la cosa, ya que *tal derecho no implica prohibición de disponer* o enajenar y sí tan sólo una facultad preferente de adquirir a favor del optante, si bien cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, ésta surte efecto contra ese comprador (...) pudiendo exigir de todo propietario del inmueble

afectado, ya sea el concedente, sean posteriores adquirentes, la venta de la cosa afectada» (Considerando octavo).

Más adelante desarrollaremos las diferencias con estas figuras de adquisición preferente, aunque ahora interesa destacar que también ellas adquieren plena eficacia real por la inscripción registral.

DIFERENCIAS ENTRE LA PROHIBICION DE DISPONER Y EL MODO

El *modo* se regula sucintamente en los *artículos 797 y 798 C.C.*, que establecen:

«La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad.

Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación» (artículo 797 C.C.).

«Cuando sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener efecto la institución o el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes a su voluntad.

Cuando el interesado en que se cumpla o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición» (artículo 798 C.C.).

La prohibición de disponer tiene grandes *semejanzas con el modo,* hasta el punto que algún sector doctrinal considera la prohibición de disponer como uno de los contenidos posibles del modo. Así ocurre en la doctrina catalana, fruto de la evolución del Derecho romano, hasta el punto de que el *anteproyecto de Apéndice catalán de 1930,* anterior a la vigente Compilación, regulaba en su artículo 298, párrafo 2.º de la prohibición de disponer como «el modo consistente en una prohibición de disponer»[6].

---

[6] Roca Trías, «Fundamentos», tomo III, página 132.

Y, en efecto, tanto la prohibición de disponer, como el modo:

a) Constituyen una *figura accesoria* de otra principal —la institución hereditaria, legado o donación—, y en esto se diferencian de la sustitución fideicomisaria, que —como veremos— es una estipulación principal de la institución hereditaria, ya que atribuye derechos concretos en favor de fideicomisario como verdadero heredero del causante y no del fiduciario obligado a la entrega (artículo 784 C.C.).

b) *No atribuyen derecho subjetivo* de contenido económico a favor del beneficiado, aunque impongan —en sentido negativo— un *gravamen* al adquirente (en esto se diferencian del legado, que es una atribución patrimonial concreta a título singular, en favor de una persona que adquiere derecho sobre ella desde el fallecimiento mismo del causante —artículo 881 C.C.)—.

c) *No anulan la institución o el legado* —o la donación— en caso de incumplimiento (aunque sí la enajenación posterior si se trata de prohibición de disponer), y en esto se diferencian de la condición, cuyo incumplimiento determina la inefectividad de la institución o del legado, hasta el punto de que mientras tanto no puede el heredero condicional pedir la partición (artículo 1054 C.C.).

d) *No requieren aceptación* por el beneficiario porque no es verdadera estipulación en favor del mismo, ni en consecuencia son susceptibles de renuncia.

e) Pueden estar establecida en favor de *personas no existentes* al tiempo de su constitución (el propio causante fallecido que así lo deseó o incluso personas aún no concebidas), sin perjuicio de que —desde el punto de vista del gravado con la prohibición— no pueda exceder de ciertos límites que más adelante veremos.

f) Están impuestas en actos *a título gratuito*, o al menos —hoy en día y de momento— el criterio general es que debe ser así para que sean inscribibles, y en consecuencia para que gocen de plenos efectos (artículos 26 y 27 L.H.) —aunque ya matizaremos después nuestra posición—.

Si esto es así ¿en qué *se diferencia* la prohibición de disponer del modo? ¿Constituye en sí misma tal figura jurídica? La respuesta a mi entender debe ser negativa, esto es, que son figuras distintas, por las siguientes razones:

a) Por razón de su *estructura:* La prohibición de disponer no es una prestación accesoria de *no hacer,* sino que es la carencia en absoluto de la facultad de realizar prestaciones por el gravado —privación de facultades dispositivas—, aunque lo sea en beneficio de alguien. El modo, por el contrario, es una prestación accesoria (no priva sino que obliga a algo) que puede ser positiva —de hacer o dar— o negativa —de no hacer, permitir o tolerar—, también en beneficio de alguien (generalmente el propio causante —v.gr. los sufragios en beneficio del testador o disposiciones acerca de la forma de inhumación o funeral— o algún coheredero —v.gr. sostenimiento del menos favorecido en la herencia—, pues si es un tercero ajeno a la herencia, lo normal es que estemos ante un legado).

b) Por razón de su *constitución:* El modo se impone al heredero o legatario, no al donatario (pues no cabe ser confundida con la *carga* que pueda ser impuesta al donatario a que se refiere el artículo 647 C.C. que es una verdadera *condición* cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación de la donación). Por el contrario, la prohibición de disponer puede constituirse en cualquier acto gratuito —incluida la donación— pero también en *negocios onerosos,* sin perjuicio de los efectos que se atribuyan a estas últimas, ya que hoy en día no se admite su inscripción, esto es, se las equipara a las obligaciones de no disponer, (aunque esto sea criticable y además no faltan supuestos de excepción —como se verá—).

c) Por razón de sus *efectos:* En caso de incumplimiento del modo, aunque la institución o el legado no quedan anulados, el favorecido por el modo tiene acción para exigir el cumplimiento de la carga —cfr. artículo 797, párrafo 2.º— *(a priori),* mientras que en la prohibición de disponer la acción correspondiente es siempre de nulidad absoluta —salvo excepciones de mera anulabilidad— de los actos dispositivos del heredero o legatario que la contravinieron (siempre *a posteriori).*

d) Se diferencian, finalmente, por razón de su *inscribibilidad* y consiguiente eficacia erga omnes, en la medida que las prohibiciones de disponer son inscribibles en los términos de los artículos 26 y 27 de la L.H., en cuyo caso son plenamente eficaces frente a terceros; por el contrario el *modo* solamente puede acceder al Registro por la vía del artículo 2.º, párrafo 3.º L.H. que permite la inscripción de los «actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con obligación de transmitirlos a otros o de invertir su importe en bienes determinados», pero sin que tal constancia registral perjudique a tercero, dada la *inexistencia de sanción*

para caso de contravención, pues en caso de que se hubiera previsto tai sanción (v.gr. ineficacia de la institución o del legado o tránsito de los bienes a un tercero) la institución daría paso a otras de distinta naturaleza y efectos (institución condicional, sustitución fideicomisaria).

EXCLUSION DE LAS PROHIBICIONES EN LOS DERECHOS INDISPONIBLES

El hecho de que las prohibiciones de disponer sean por definición restricciones de la facultad de disposición que normalmente va ínsita en el derecho subjetivo, excluye que pueda plantearse la problemática de las mismas con relación a los *derechos indisponibles,* es decir, en aquellos derechos subjetivos a los que el ordenamiento jurídico, excepcionalmente, *no reconoce facultad de disposición.*

La doctrina sitúa aquí los derechos de *uso y habitación* a que se refiere el artículo 525 C.C. a cuyo tenor «los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título».

Esto, sin embargo, es así *a falta de disposición en contrario en el título constitutivo,* pues no cabe olvidar que la regulación que hace el C.C. de estos derechos es siempre en defecto de lo dispuesto en el título constitutivo (artículo 523 C.C.) el cual podrá prever la disposición del derecho[7].

La regla general de los *derechos patrimoniales* es que son transmisibles (artículo 1.112 C.C.), y sólo por su carácter «intuitio personae» —el título constitutivo será determinante a estos efectos— podrá excluirse de tal disponibilidad.

Por eso, en rigor, tan sólo tiene sentido plantearse la materia de las prohibiciones de disponer en sede del *Derecho Patrimonial,* pero no fuera de él, como ocurre en los *derechos de familia* o en los *derechos de la personalidad* donde la regla general —a diferencia de los derechos patrimoniales— es la intransmisibilidad del derecho, por ser inherentes a la persona (v.gr. derecho al nombre, estado civil o cuestiones matrimoniales) o estar vinculados al ejercicio de un deber (verbigracia la

[7] Fernández del Pozo, «Derecho real de uso y poder de disposición», R.C.D.I., número 584, página 88 a 105.

patria potestad) o afectar a cuestiones de orden público (v.gr. derecho de alimentos). De ahí que sobre tales cuestiones no se pueda transigir (artículo 1.814 C.C.).

Así también son indisponibles —y no propiamente sujetos a una prohibición de disponer— todos los derechos pertenecientes a la categoría de *derechos personalísimos,* por razón de protección de algún interés especialmente digno de naturaleza familiar o sucesorio, como es el *usufructo foral aragonés* reconocido al cónyuge viudo —que según el artículo 74 de la Compilación aragonesa de 8 de abril de 1967 modificada por ley de 21 mayo de 1985 es inalienable, aunque podrá ser objeto de renuncia total o parcial que deberá constar en documento público—.

Tampoco cabe confundir las prohibiciones de disponer con los supuestos de *derechos privados por naturaleza de la facultad de disponer,* en los que la intransmisibilidad del derecho no deriva de su constitución «intuito personae» o de razones de orden público, sino de la propia configuración del derecho, cuya causa o razón de ser es precisamente la ausencia de facultad de disposición, como ocurre con la *sustitución fideicomisaria,* en la que el fiduciario no puede disponer de los bienes por estar obligado a entregárselos al fideicomisario —artículo 781 C.C.—. Igualmente con el *depósito* (artículo 1.767 C.C.).

No es que el fiduciario o el depositario estén sujetos a prohibición de disponer, es que —salvo supuestos excepcionales el fiduciario, que luego veremos— carecen de dicha facultad de disposición.

LAS PROHIBICIONES AFECTAN AL CONTENIDO DEL DERECHO SUBJETIVO

Las prohibiciones de disponer, como se ha dicho, restringen una de las facultades ínsitas en los derechos subjetivos transmisibles, y en consecuencia, afectan al *contenido* de los mismos.

Esto significa que no pueden ser tampoco confundidos con los supuestos de intransmisibilidad derivados de circunstancias atinentes a los otros dos elementos que —junto con el contenido— integran el derecho subjetivo: *el sujeto y el objeto.*

DIFERENCIAS ENTRE PROHIBICION DE DISPONER E INTRANSMISIBILIDAD DERIVADA DEL OBJETO

Los supuestos de intransmisibilidad derivadas del objeto del *derecho* no constituyen propias prohibiciones de disponer, ya que no restringen facultad alguna de disposición, que se conserva inalterada en el derecho de dominio sobre la cosa. Son precisamente ciertas *características del bien* lo que lleva al ordenamiento jurídico a no permitir su transmisibilidad.

Es el caso de los supuestos siguientes:

a) Bienes *demaniales de uso y servicio público* a que se refiere el artículo 339, párrafo 1.º y 2.º del C.C., que son *inalienables* según lo preceptuado por el artículo 61 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15-4-1964, el cual prevé precisamente la declaración de alienabilidad como requisito previo para su transmisibilidad, lo cual corresponde al Ministerio de Hacienda cuando el valor del inmueble según tasación pericial no exceda de dos mil millones de pesetas y al Gobierno cuando pasando de esa cantidad no exceda de cuatro mil millones, de manera que los bienes valorados en más de esta cantidad sólo pueden ser enajenados mediante Ley (artículo 62 modificado por Ley 27-12-1987).

b) Bienes integrantes del *Patrimonio Nacional* que según el artículo 6.º de la ley 16-6-1982 regulador del Patrimonio Nacional, son inalienables, aplicándose con carácter supletorio las normas antes expresada« sobre alienabilidad del Patrimonio del Estado.

c) Bienes *sagrados,* que tradicionalmente se habían considerado bienes «extracomercium», hasta el punto que el propio R.H. en su artículo 5.º considera no inscribibles en el Registro de la Propiedad —precisamente por no ser susceptibles de tráfico jurídico— los *templos* destinados al culto católico, aunque la doctrina moderna considera este artículo como inconstitucional y por tanto no aplicable por suponer una discriminación frente a otras confesiones que sí podrían acogerse a la protección registral. Igualmente, bienes en principio fuera del comercio, como los *cementerios,* en la práctica son objeto de contratación e incluso —dada la derogación tácita del citado artículo 5.º, párrafo 4.º R.H.— de inscripción, siempre que se cumplan con las oportunas licencias administrativas —cfr. artículo 25 ley 25-7-1990—.

d) Los bienes integrantes del *Patrimonio histórico español,* que siempre se habían configurado por el ordenamiento como intransmisibles

sin autorización administrativa, en la actualidad sólo están sujetas a un *derecho de tanteo a favor del Estado* —artículo 38 Ley del P.H.E. de 25-6-1985— y en consecuencia ya no es un propio supuesto de intransmisibilidad.

DIFERENCIAS DE LAS PROHIBICIONES CON LA FALTA DE CAPACIDAD: INTRANSMISIBILIDAD DERIVADA DEL SUJETO

Tampoco cabe confundir las prohibiciones de disponer, que cómo se ha visto, afectan al contenido del derecho subjetivo, con los *supuestos de transmisiones* ineficaces por *falta de capacidad* del titular del derecho subjetivo.

Estos casos no son propiamente supuestos de intransmisibilidad —ni del derecho ni del objeto— sino de transmisiones inválidas por carecer el *sujeto* de plena capacidad, como son los siguientes:

a) Falta de *capacidad jurídica* del sujeto de derecho, como serían las transmisiones efectuadas por o a favor de criaturas abortivas o asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley (artículo 745 C.C.).

b) Falta de *capacidad de obrar* del transferente o adquirente, como ocurre al *menor* de edad y a los que han sido declarados *incapacitados* para administrar sus bienes, y a los *menores emancipados* que precisan para la enajenación de sus bienes inmuebles de la autorización de sus padres o de su curador (artículo 322 y 323 C.C.).

La diferencia entre el primer supuesto —falta de capacidad jurídica— y el segundo —falta de capacidad de obrar— radica también en el distinto *grado de invalidez* del negocio dispositivo realizado, pues si en el primer supuesto el negocio es inexistente por faltar un elemento esencial del negocio (artículo 1.261 C.C.) en el segundo el negocio es meramente anulable (art. 1.301 C.C.) a instancia del obligado.

En cambio, en las prohibiciones de disponer, la enajenación efectuada en su contravención adolece de una *nulidad radical o de pleno derecho,* a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.º en cuyo párrafo 3.º establece: «los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas, son nulos de pleno derecho, *salvo* que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

c) Otros supuestos de incapacidad distintos de las prohibiciones de disponer son las declaraciones judiciales de *quiebra y suspensión*

de pagos del titular del derecho subjetivo, que le privan de la administración y disposición de su patrimonio. Esta privación se da siempre en el quebrado —incluso con nulidad absoluta de todos los actos realizados con posterioridad a la fecha a la que se retrotrae la declaración de quiebra, según el artículo 878 Co.Co., aunque sin perjuicio de terceros protegidos por la fe pública registral (R.D.G.R.N. de 20-1-1986) y en el suspenso, a menos que en el convenio de suspensión de pagos o en el convenio entre el quebrado y sus acreedores se les reconozca capacidad para actos dispositivos. En estos casos de quiebra y suspensión, habrá de estarse a lo dispuesto en el convenio —estando entretanto limitada la capacidad del quebrado y del suspenso, que requerirán la intervención de los síndicos de la quiebra o de los interventores judiciales— de manera que incluso en el convenio podrá eximirse de ciertos requisitos hasta entonces imperativos como la *pública subasta* que para la venta de los bienes del quebrado exige el artículo 1.236 de la L.E.C. en relación con el artículo 1.088 Co.Co. de 1829 como requisito de validez, pues una vez que cesan los síndicos debe cesar la normativa especial de la subasta, debiendo estarse exclusivamente al convenio aprobado por el Juez[6].

De la jurisprudencia más reciente, se deduce que son requisitos para que proceda la cancelación de los asientos registrales como consecuencia de la declaración de *quiebra* los siguientes —que desarrollaremos posteriormente—:

a) Acción de nulidad en *juicio declarativo* con demanda al titular registral (R.D.G.R.N. de 7-11-1990).

b) Que el titular registral *no sea subadquirente* protegido por la fe pública registral (R.D.G.R.N. de 26-1-1986).

c) Que la sentencia *sea firme* (R.D.G.R.N. de 24-1-1979).

d) Que el asiento solicitado sea de cancelación, no siendo viable la *anotación preventiva de la fecha de retroacción* de modo autónomo, dado el criterio de numerus clausus en materia de anotaciones preventivas (R.D.G.R.N. de 24-1-1979).,

e) Que se aporte como documento complementario al mandamiento ordenando la cancelación, un testimonio de la *sentencia de declaración*

---

[6] B.C.R.P. número 276 de 1991, página 496.

de quiebra, sin que sea suficiente la referencia a la misma en el mandamiento de cancelación (R.D.G.R.N. de 28-2-1977).

f) Que se ordene expresamente la cancelación de los asientos registrales afectados por la retroacción por referencia al *número de finca,* tomo y libro del Registro (R.D.G.R.N. de 28-2-1977 y 7-11-1990).

g) Entre tanto la inscripción del auto de declaración de quiebra con fijación del periodo de retroacción no tiene otro alcance que hacer constar registralmente tal declaración de quiebra «pero con la *cualidad por ahora y sin perjuicio de tercero*» (R.D.G.R.N. de 14-11-1990) ya que:

a) No impedirá la ejecución de hipotecas anteriores —aunque comprendidas en el periodo de retroacción— (R.D.G.R.N. 8 y 14-11-1990).

b) Tal ejecución quedará afectada en su caso si se declara la nulidad de la hipoteca (S.T.S. 1-2-1974).

c) Mientras tanto la adjudicación derivada de la ejecución hipotecaria se inscribirá con *arrastre de la carga* de la declaración de quiebra por ser carga posterior preferente (R.D.G.R.N. 14-11-1990).

En definitiva, los supuestos *de incapacidad se diferencian de las prohibiciones de disponer:*

1.º Por sus *caracteres:* Las incapacidades afectan no a la facultad de disposición contenida en el derecho subjetivo, sino a la *capacidad* del titular. Es decir, la incapacidad tiene un carácter *subjetivo* en tanto que la prohibición de disponer tiene un carácter *objetivo* al referirse al derecho y no a la persona.

Hernández Crespo lo explica diciendo que la incapacidad priva al sujeto que la sufre de la facultad de disponer (a mi entender utiliza la expresión «facultad de disponer» en sentido general, de manera que no debe confundirse con facultad de disposición de un derecho) de sus bienes pero sin que ello afecte a los derechos, que seguirán siendo transmisibles y susceptibles de disposición por quien esté legitimado para ello, mientras que la prohibición de disponer, al ser objetiva no afecta a la capacidad del sujeto y no hay desplazamiento alguno de sus facultades decisorias, que las sigue conservando el titular, pero no

las puede ejercitar respecto de los bienes o derechos que están afectados por ia prohibición[9].

2.º Por su *extensión:* Mientras ias incapacidades sueien ser *generales,* de modo que afectan a las facultades de decisión respecto de todos los bienes y derechos del incapaz, las prohibiciones de disponer son o suelen ser *relativas,* con referencia a derechos concretos, aunque puedan existir supuestos de incapacitación de alcance restringido —como los sometidos a curatela— y prohibiciones de disponer de alcance general, como son las ordenadas por autoridad judicial para que alcance a todos los bienes de una persona[10].

3.º Por sus *efectos:* Las incapacidades son determinantes de la *anulabiliad* del acto —confrontar artículo 1.301 del C.C., prescribiendo la acción a los cuatro años de salir de la incapacidad—, aunque por excepción se configure como nulidad absoluta ciertos actos del quebrado, como son los realizados durante el periodo de retroacción.

En cuanto al incurso en suspención de pagos, dado que conserva la administración de sus bienes, la nulidad e ineficacia a que se refiere el artículo 6, penúltimo párrafo de la Ley de Suspensión de Pagos de 26-7-1922, debe ser entendida como nulidad relativa, ratificable por los interventores. Caso distinto es que ya se hubiera aprobado el convenio, en cuyo caso habrá de estarse a los términos del mismo para determinar el alcance de la ineficacia de los actos del suspenso realizados en su contravención, ya que incluso se pueden llegar a imponer en el mismo propias prohibiciones de disponer al suspenso, en cuyo caso la enajenación sí sería nula del pleno derecho.

Por el contrario, la prohibición es siempre determinante de una *nulidad radical* del acto realizado en su contravención (artículo 6 C.C.) sin que por tanto quepa prescripción ni ratificación, a menos que se prevea un efecto distinto en el título constitutivo o en la Ley.

4.º Consecuencia de ello, es que la *calificación registral* del acto dispositivo realizado en contra de una prohibición de disponer, será como *falta insubsanable,* en cuanto determina «la ineficacia registral definitiva del título presentado a inscripción, exigiéndose en caso de ser objeto de sanación —v.gr. transcurso del plazo de la prohibición de disponer— una nueva presentación, sin que a estos efectos mantenga

---

[9] Hernández Crespo, «Publicidad registral de la suspensión de pagos», R.C.D.I., número 604, página 842.

[10] Hernández Crespo,. op. citada, pág. 843.

su vigencia la prioridad ganada con el asiento de presentación primitivamente practicado»[11].

Por el contrario, las faltas derivadas de la falta de capacidad del otorgante, han de ser calificadas como *subsanables,* dada la posibilidad de ratificación.

5.º Por su *constancia registral:* Pueden acceder al Registro por vía de un asiento provisional como es la anotación preventiva —artículo 2 y 42, párrafo 5 L.H.— en tanto que las prohibiciones de disponer voluntarias son objeto de inscripción propiamente dicha por afectar al contenido del derecho subjetivo publicado (artículo 51, párrafo 7 R.H.) —las judiciales y administrativas sí son objeto de anotación preventiva dado su finalidad cautelar y provisional—.

6.º Por razón de la *retroactividad de su eficacia:* la prohibición de disponer *no tiene efectos retroactivos* de manera que deja a salvo las enajenaciones derivadas de asientos inscritos con anterioridad —como luego veremos—, al igual que las anotaciones de suspensión de pagos, que no impiden inscribir los actos dispositivos que se hubieran realizado con anterioridad a la anotación y que, sin embargo se presentan con posterioridad a la misma (R.D.G.R.N. de 14-6-1973).

Por el contrario, la anotación de la *quiebra* puede dar lugar a una declaración de nulidad retroactiva, al permitir el artículo 878 del Co.Co. la declaración de nulidad de los actos del quebrado posteriores a la fecha a la que se retrotrae la declaración de quiebra, aunque siempre dejando a salvo los derechos del subadquirente de buena fe protegido por la fe pública registral —R.D.G.R.N. de 20-1-1986—.

Del mismo modo, las anotaciones de *demanda de incapacidad,* pueden tener eficacia retroactiva, si además de solicitarse la incapacitación de una persona, se insta la declaración de nulidad de los actos realizados por el incapaz (salvo que se trate de prodigalidad, ya que los actos del declarado pródigo anteriores a la declaración de prodigalidad no pueden ser atacados por esta causa —artículo 297 C.C.—), y todo ello siempre a salvo los derechos del suadquirente de buena fe (aunque no del adquirente que haya sido parte en el negocio, que siempre se ve afectado por la incapacidad de su transmitente según reiterada jurisprudencia —cfr. S.T.S. 1-2-1974—).

---

[11] Gómez Gálligo, «Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en al calificación registral», página 265.

En todo caso, aunque figuras distintas, pueden estar embebidas una en otra, en concreto, como se ha visto, puede preverse una prohibición de disponer sobre inmuebles en el propio convenio de suspensión de pagos o de quiebra, con los efectos propios de aquélla.

LAS PROHIBICIONES DE DISPONER NO AFECTAN PROPIAMENTE A LA LEGITIMACION PARA DISPONER AUNQUE LA EXCLUYEN

Para la realización válida de una transmisión inmobiliaria se precisa, de conformidad con la doctrina del título y el modo que rige en nuestro Derecho —artículo 609 y 1.095 C.C.— la concurrencia de un negocio jurídico de finalidad traslativa, seguido de la entrega o tradición del bien.

A su vez, el *negocio traslativo requiere* para que sea plenamente eficaz, que se den los siguientes requisitos:

1.º Capacidad jurídica y de obrar (arts. 322, 323, 745 y 1.263 C.C.).

2.º Consentimiento válido de los contratantes (artículo 1.261 C.C.).

3.º Objeto lícito, existente y no excluido del comercio (art. 1.271 C.C.).

4.º Causa lícita (artículo 1.275 C.C.) y de finalidad traslativa (artículo 609 C.C.).

5.º Forma adecuada, especialmente en aquellos títulos traslativos en que la forma es constitutiva como la donación (artículo 633 C.C.) o la transmisión mortis causa testamentaria (artículo 687 C.C.).

6.º Además es preciso que el transmitente ostente la titularidad del derecho subjetivo y que tenga facultad de disposición sobre él (artículos 1.112 C.C. y 26 L.H.), requisitos estos últimos que más que al negocio jurídico en sí, se refieren a las cualidades que debe reunir el *derecho subjetivo* del otorgante, a saber: que sea disponible, no personalísimo y con atribución de la facultad de disposición a su titular, en los términos expresados con anterioridad.

7.º Ahora bien, esta facultad de disposición debe estar reconocida por el ordenamiento jurídico *con relación al bien* que es objeto de disposición.

Es decir, que es necesario no sólo tener reconocido el poder o *facultad de disposición,* sino que además lo sea con relación al objeto que se pretende transmitir: Es lo que se denomina *legitimación para disponer.*

Los efectos de la falta de legitimación vienen sancionados en el *artículo 1.259 C.C.,* a cuyo tenor:

«El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra persona contratante».

En realidad, la falta de legitimación para disponer, aunque el citado artículo la califique como de nulidad, determina una ineficacia distinta de la nulidad y la anulabilidad: la categoría de la *inoponibilidad* que tiene lugar cuando el negocio jurídico, a pesar de celebrarse válidamente, carece de efectos en la esfera jurídica del titular[12].

Dicha inoponibilidad por *falta de legitimación,* se da por ejemplo en la venta de cosa ajena, que la jurisprudencia no siempre acierta a calificar correctamente, denominándolas unas veces como supuestos de inexistencia y otros como nulidad, pero no es ni lo uno ni lo otro, pues constituye un negocio válido que si bien es inoponible al titular, puede llegar a ser plenamente eficaz —v.gr. si el vendedor adquiere el inmueble, dando lugar entretanto a consecuencias como la evicción propias de los negocios válidamente celebrados—[13].

La inoponibilidad no puede confundirse ni con la inexistencia ni con la nulidad absoluta —pues aquélla admite ratificación conforme al artículo 1.259 C.C.— ni con la anulabilidad (el negocio en sí no adolece de defecto).

Lo normal es que la legitimación para disponer corresponda al titular del derecho subjetivo disponible, pero puede ser atribuida *por el ordenamiento jurídico* a otra persona distinta del titular:

a) Por razones de protección del tráfico jurídico, como ocurre con la *legitimación registral,* que atribuye eficacia a la transmisión operada por el titular registral en favor de tercero de buena fe, aunque se

---

[12] Cariota Ferrara, «El negocio jurídico», páginas 359-360.
[13] Gómez Gálligo, op. citada, página 106.

resuelva o anule el derecho del transferente por causa que no conste en el Registro (artículo 34 L.H.).

b) En particular, por razón de protección del tráfico mercantil, la *legitimación mercantil* supone considerar válidas frente a terceros de buena fe los actos dispositivos realizados por los administradores de las sociedades anónimas cuando el acto dispositivo no exceda del objeto social aunque existan limitaciones en los estatutos a las facultades de los administradores (artículo 129 L.S.A.).

c) O por razones de incapacidad del titular, como ocurre con el fenómeno de la *representación legal.*

d) También puede ser, que tal diversificación entre titularidad del inmueble y legitimación para disponer, se haya operado por *voluntad del otorgante,* como ocurre en la donación con reserva de la facultad de disposición (artículo 639 C.C.) o por voluntad del propio titular, caso de la *representación voluntaria.*

Pues bien, el *ámbito de actuación sobre el que inciden las prohibiciones de disponer es el poder o facultad de disposición,* que lo restringen, y no sobre la legitimación para disponer, ya que siempre presuponen que se tenga legitimación para disponer sobre el inmueble.

En esto nos apartamos de algún sector doctrinal que entiende que la prohibición de disponer afecta precisamente a la legitimación para disponer. Así Chico Ortiz entiende que la prohibición de disponer no es más que un impedimento que excluye la legitimacion para la realización del acto dispositivo[14].

Creo, sin embargo, que las prohibiciones de disponer, precisamente son un impedimento, bajo sanción de nulidad absoluta, para el ejercicio de la facultad de disposición por quien tiene la legitimación para su ejercicio. Es cierto que como consecuencia de la prohibición de disponer el ordenamiento deja de reconocer eficacia o idoneidad al acto dispositivo, pero no lo hace incidiendo sobre la relación existente entre el sujeto y el objeto de disposición —legitimación— sino sobre la facultad misma de disposición —contenido mismo del derecho subjetivo—.

Por eso son distintas las consecuencias de la prohibición de disponer —nulidad absoluta o excepcionalmente anulabilidad en los supuestos en que así se prevea y que estudiaremos como formas especiales de

[14] Chico Ortiz, «Estudios de Derecho hipotecario», pág. 488.

prohibiciones de disponer— de los efectos de la falta de legitimación propiamente dicha —inoponibilidad en la esfera del titular—.

Si no se tiene legitimación para disponer, no quiere decir que si se enajena el acto sea nulo (ni nulidad absoluta ni anulabilidad): el acto es válido, aunque totalmente ineficaz.

Así por ejemplo, que en el apoderamiento no se haya conferido al apoderado la facultad de disponer, o que la ley exija al representante legal la autorización judicial para la disposición de los bienes inmuebles del representado —caso de la venta por los padres de los bienes del menor, artículo 166 C.C.—, no significa que se haya configurado una prohibición de disponer, sino que se carece de legitimación para disponer sobre el inmueble.

Es importante la distinción, dada la diferente *sanción* —insisto— para el caso de contravención, pues mientras el negocio contrario a una prohibición de disponer es nulo de pleno derecho —artículo 6.º C.C.— y por tanto no ratificable, (salvo que se haya previsto un efecto distinto para caso de contravención como es la anulabilidad, en cuyo caso serán susceptibles de confirmación) el celebrado sin representación —artículo 1.259 C.C.— o excediéndose de la conferida —artículo 1.727, párrafo 2 C.C.— es meramente inoponible en la esfera jurídica del titular aunque susceptible de ratificación (no de confirmación pues el negocio en sí no adolece de defecto estructural).

Sin embargo, hay *supuestos fronterizos* entre la prohibición de disponer y la falta de legitimación para disponer.

Son los casos referidos de supuestos excepcionales de prohibiciones de disponer (que estudiaremos más adelante como figuras de *asentimiento*) en los que el efecto de la contravención no es la nulidad radical del acto, sino que el acto dispositivo es meramente anulable por la impugnación del favorecido por la prohibición. En esto, sin embargo, como ya se ha visto, se diferencia de los supuestos de falta de legitimación, en que el acto es siempre válido —no adolece de defectos— pero es inoponible respecto del titular salvo ratificación.

También es el caso antes referido de la *representación legal* cuyo ejercicio se subordina a algún requisito exigido por la ley, como pueda ser la *autorización judicial.* En este sentido podemos destacar dos artículos del C.C. que limitan la actuación del representante legal en caso de enajenación de inmuebles del representado; me refiero a los casos del *tutor* y de los *padres,* artículos que están redactados con una construcción diferente.

El *artículo 271 párrafo 2 C.C.*, a cuyo tenor:

«El tutor necesitará autorización judicial para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción...»

Mientras que el *artículo 166 del C.C.* establece:

«Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del juez del domicilio, con audiencia del ministerio fiscal. (...) No será necesaria autorización si el menor hubiera cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.»

Digo que están redactados con una construcción diferente, porque el primero utiliza la expresión *necesitará* en tanto que el segundo usa la de *no podrán*, dando la impresión a primera vista de que este artículo 166 es más radical que el 271, y que establece una prohibición más que una falta de legitimación. Sin embargo, las normas deben interpretarse atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (artículo 3.º, párrafo 1 C.C.), y con un criterio analógico entre supuestos de hechos en los que se aprecie identidad de razón (artículo 4, párrafo 1.º C.C.), y en este sentido no parece que deban existir diferencias de naturaleza entre la enajenación de inmuebles de menores por sus padres o de incapacitados por sus tutores, sin autorización judicial, pues en ambos casos el titular carece de capacidad de obrar y está sometido a representación legal.

Partiendo de esta base, creo que lo que ambos artículos establecen, más que una prohibición de disponer, es una *falta de legitimación para disponer sin autorización judicial*. No es que se prive al derecho subjetivo de su facultad de disposición, sino que el ordenamiento jurídico sólo reconoce legitimación para su ejercicio al representante legal cuando se den determinados requisitos, como es el de la autorización judicial —no cabe olvidar que la representación legal tiene un ámbito predeterminado legalmente, a diferencia de la voluntaria que sólo lo está en su forma —artículos 1.280 y 1.713 C.C.—. Ello lo corrobora el hecho de que el menor aún conserve la facultad de disposición, que podrá ejercitar

si es mayor de dieciséis años y consiente en documento público (párrafo 3.º del citado artículo 166 C.C.).

Ello tiene trascendencia en cuanto al *grado de ineficacia de la enajenación sin autorización judicial,* que no será en rigor nulo de pleno derecho —ni anulable—, sino meramente ineficaz respecto del menor, lo que admitiría que deviniese eficaz con la autorización judicial posterior o la ratificación del menor al llegar a la mayor edad.

La *jurisprudencia* no es uniforme en tal sentido, de manera que en muchas ocasiones ha calificado la falta de autorización judicial en la venta de bienes del menor como un supuesto de nulidad absoluta no ratificable, mientras que en otras como la *S.T.S. de 21 de mayo de 1984* más correctamente admite que «aunque el negocio celebrado sin autorización judicial es totalmente ineficaz, dado que el defecto consiste en la omisión de una declaración de voluntad, que integrándolo, debió formar parte de él, podrá ratificarse, por tratarse, en definitiva de un negocio incompleto o imperfecto, aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable».

En esta sentencia, en efecto, ante un supuesto de venta en documento privado de un inmueble hecha por el padre en representación de una menor, considera que tales actos no son nulos de pleno derecho, «por cuanto los menores pueden ratificar los contratos celebrados una vez llegados a la mayoría de edad, ya de manera expresa o bien de manera tácita dejando de pasar el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad... lo que hace que no obstante haberse discutido por la doctrina científica si el negocio de disposición realizado por el padre sin autorización judicial era nulo de pleno derecho o simplemente anulable, el criterio de la simple anulabilidad haya prevalecido en supuestos como en el que aquí nos ocupa».

Pese a hablar de «anulabilidad», reconoce que en rigor *no puede calificarse de anulable*, lo que demuestra que se está ante una categoría cercana a la anulabilidad, en cuanto a la posibilidad de ratificación, pero distinta de ella, en cuanto el negocio es de por sí *totalmente ineficaz* —como asimismo dice la citada sentencia, mientras no se ratifique—.

En definitiva, debemos concluir, que los preceptos de los artículos 166 y 271 del C.C. recogen supuestos de falta de legitimación, más que de prohibiciones de disponer, y en consecuencia, los actos de disposición realizados en su contravención, no son inválidos por nulidad absoluta o anulabilidad, sino válidos, pero *totalmente ineficaces mientras*

no se ratifiquen con la autorización judicial posterior o la ratificación expresa o tácita del menor o incapaz en el plazo de cuatro años desde que salieran de la incapacidad. Es decir, constituyen un supuesto de lo que hemos denominado *Inoponibilidad.*

En consecuencia, mientras que —como se vio con anterioridad— la nulidad absoluta del acto dispositivo realizado en contravención de una prohibición de disponer, supone que tai acto adolece de *falta insubsanable* a los efectos del artículo 18 y 65 de la L.H., el acto dispositivo realizado por quien carece de legitimación para disponer —legitimación registral, esto es, en los términos que resultan de los asientos registrales, que pueden coincidir o no con la realidad civil— constituye mera *falta subsanable* siempre que el otorgante manifieste en el documento público actuar en representación del titular registral —o exista tal posibilidad de ratificación, como en la venta de bienes del menor sin autorización judicial— pues en caso de no hacerse tal manifestación —v.gr. venta de cosa ajena sin alegar el vendedor ser causahabiente del titular registral— la ratificación no tendrá efectos retroactivos al momento de la presentación del título que ratifica y, en consecuencia, habrá que calificarla de insubsanable —cfr. artículo 20 L.H.—.

En particular las diferencias con la falta de legitimación del gestor de negocios ajenos sin mandato

La gestión de negocios ajenos sin mandato era ya conocida en el Derecho romano, que amparaba a quien por iniciativa propia gestionaba negocios ajenos, de manera que el dueño del negocio quedaba obligado respecto de aquél en todo lo que hubiera redundado en su beneficio (acción contraria) al mismo tiempo que imponía que la conducta del gestor se produjera en interés objetivo del patrimonio del principal (acción directa).

Su *fundamento* o causa radica en la armonización de dos tipos de intereses: salvaguardar la intromisión ajena en la esfera patrimonial de uno, y por otro lado, fomentar la solidaridad y cooperación entre las personas permitiendo a terceros aquella ingerencia cuando así lo aconseje la ausencia del titular, razones de urgencia, o la posibilidad de perjuicios a dicho patrimonio.

Se trata de un *hecho jurídico voluntario,* pues deriva de la voluntad del hombre, aunque con efectos regulados legalmente, y siempre lícito. Así lo caracteriza genéricamente el C.C. al definir los *cuasi-contratos*

(artículo 1.887 C.C.) y específicamente el artículo 1.888, que lo define como «encargo voluntario de agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste».

Su carácter *unilateral* lo diferencia del contrato de mandato, que tiene origen contractual, aunque la ratificación expresa por el principal de lo hecho por el gestor produce los mismos efectos que el mandato (artículo 1.882 C.C.), lo que significa que en caso de *ratificación* el dueño del negocio está obligado a asumir las consecuencias de lo actuado por el gestor, a reembolsar los anticipos que éste haya realizado aunque no haya salido bien la gestión, incluidos intereses, y de indemnizarle de los daños y perjuicios que le causara el cumplimiento de la gestión, pudiendo incluso el gestor retener en prenda las cosas gestionadas hasta que se le satisfagan aquellas indemnizaciones (artículo 1.727 y ss. en relación con el 1.892 C.C.). La ratificación expresa de la gestión conllevaría también la necesidad de pagar honorarios al gestor, si esta actividad perteneciese al ámbito de su profesión —v. gr. administrador de fincas cuya gestión es ratificada—.

La propia terminología de *gestión* de negocios ajenos, centra el ámbito en el que se desenvuelve la institución, en cuanto que la actividad del gestor es de gestión propiamente dicha, lo que significa que consiste en la realización de meros actos materiales y también de negocios jurídicos de mera administración. Con relación a estos últimos, lo característico de la gestión ajena, es que el gestor no ostenta la representación del dueño, y en consecuencia, su actuación se verifica en su propio nombre, sin perjuicio de que el principal, al ratificarla posteriormente o al aprovecharse de ella se vea obligado frente al gestor (obligación de indemnización) y frente a terceros (asumiendo las obligaciones contraídas por el gestor). En esto se diferencia también del *mandato,* que también pertenece a la categoría general de gestión de negocios jurídicos ajenos, aunque a diferencia de la gestión de negocios propiamente dicha, la gestión del mandatario —como derivada de un contrato— vincula siempre al dueño del negocio bien directamente (representación directa), bien indirectamente por vía de las relaciones de mandante y mandatario (mandato sin representación formal). En la gestión de negocios ajenos propiamente tal, nunca se da tal representación ni directa ni indirecta, siempre queda obligado directamente el gestor y sólo en ciertos casos queda obligado con posterioridad el dueño.

Pues bien, la gestión de negocios ajenos sin mandato y el mandato no representativo, no presentan grandes diferencias en cuanto a su ámbito representativo, en cuanto se refieren a actos materiales y nego-

cios jurídicos de administración *nunca de disposición* (enajenación, gravamen o renuncia de derechos).

En el mandato con representación el mandatario puede vincular al mandante en negocios dispositivos, pues éste le ha facultado para ello a través de la representación voluntaria conferida por apoderamiento. El apoderado puede vender, hipotecar, etc., en nombre y por cuenta del dueño, aunque para ello se exija *poder expreso* (artículo 1.713 C.C.). Sin embargo, el mandatario no representativo y el gestor de negocios ajenos sin mandato *carecen de legitimación para disponer.*

Algún sector de la doctrina considera aún que el mandatario sin representación directa podría disponer por cuenta del titular si éste le ha autorizado para ejercer la facultad de disposición que le corresponde, alegando el párrafo 2.º del *artículo 1.717 C.C.*, inciso 2.º («exceptúase que se trate de cosas propias del mandante»); pero este inciso lo que está tratando es de evitar la desconexión del dueño respecto de los actos del mandatario frente a terceros cuando la cosa pertenece notoriamente a aquél, pero no justifica una argumentación a contrario sensu de estimar que siempre que se trate de cosas propias del mandante pueda el mandatario actuar vinculando al mandante sin necesidad de representación.

La interpretación correcta que debe prevalecer es la de que una persona para *disponer de un derecho ajeno* debe estar apoderado de forma expresa —artículo 1.713 C.C.— o bien (caso del mandato no representativo) —si lo que se pretende es no dar a conocer al dueño respecto de terceros— adquirir los bienes por el mandatario y éste a su vez disponer de ellos; es decir, a falta de poder expreso, será necesaria una *transmisión fiduciaria* —inscribible en el Registro de la Propiedad según el artículo 2.º, párrafo 3.º L.H.— para que mandatario no representativo o el gestor puedan tener legitimación para disponer (legitimación formal, pues frente al mandante no será verdadero propietario).

Por tanto, el gestor sólo puede realizar actos de gestión y *no de disposición* (a excepción de aquellas disposiciones de menor importancia, v.gr., frutos o metálico embebidas en la administración de un patrimonio), y toda actuación en este sentido recaería en el ámbito del citado *artículo 1.259 C.C.,* y en consecuencia, los actos de disposición realizados por el gestor serán *inoponibles o irrelevantes* respecto del propietario.

Esto que está claro en el aspecto sustantivo, no ofrece duda alguna

en el *plano registral,* dado que el Registro de la Propiedad es un instrumento de legitimación que atribuye importantísimos efectos a las modificaciones jurídico-reales, y de ahí que los actos dispositivos que pretendan inscribirse deben ser plenamente eficaces, esto es, el tercero que actúa en nombre del titular registral debe estar facultado con poder *expreso y en documento público* (artículo 1.280 C.C.) o bien aparecer como *titular formal* en virtud de una transmisión fiduciaria.

Lo que nunca podrá ocurrir es que el gestor o el mandatario sin representación disponga registralmente por cuenta del dueño, pues además de las consideraciones sustantivas ya apuntadas lo impide el principio de *tracto sucesivo* —artículo 20 L.H.—, que exige que conste previamente inscrito el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos inscribibles, estableciendo en su párrafo 4.º que «no será necesaria la previa inscripción a favor de mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación *y dispongan de intereses ajenos*».

Podría pensarse que este párrafo 4.º del artículo 20 L.H. constituye una excepción a la necesidad de estar investidos formalmente de una representación abierta, bastando que se trate de persona que disponga de intereses ajenos para poder disponer aún sin ser titular registral. Pero tal inciso, debe interpretarse correctamente, en el sentido de que se refiere a la *representación voluntaria, legal u orgánica* —tratándose de compañías mercantiles—, que no requieren inscripción previa.

En consecuencia, cualquier acto de trascendencia registral que pretenda realizar el gestor sin mandato, sería irrelevante o inoponible al titular registral.

Desde el plano registral, la calificación del acto sería de *falta insubsanable,* en la medida en que lo hecho por el gestor no es oponible en la esfera jurídica del titular, y aunque es *susceptible de ratificación* por el principal, tal ratificación es siempre sin perjuicio de tercero interesado.

Así lo reconoció la *R.D.G.R.N. de 3 de marzo de 1953* respecto a los efectos de la ratificación de contratos otorgados sin representación, que tendrá efectos retroactivos pero sin perjuicio de los derechos adquiridos en el ínterin (en el caso un mandamiento de embargo).

Sólo será la calificación subsanable cuando se alegue (bajo pena de falsedad en documento público) la existencia de representación voluntaria —todavía no acreditada— o la posibilidad de ratificación —mandato no representativo— y se solicite anotación preventiva por

defecto subsanable, como así se ha defendido en otra ocasión[15] lo cual no será posible en la mera gestión de negocios sin mandato en la que no existe relación de representación y la ratificación —caso de darse— carece de efectos retroactivos en perjuicio de tercero (que es lo característico de las faltas insubsanables).

En todo caso, la falta de legitimación para disponer del gestor de negocios ajenos sin mandato, es —por todo lo dicho— un supuesto de distinto de las propias prohibiciones de disponer, que presuponen la existencia de legitimación para disponer —cosa que aquí no se da—.

DIFERENCIAS CON OTRAS SITUACIONES JURIDICAS INTERINAS

Ya vimos cómo las prohibiciones de disponer no constituyen propios derechos subjetivos, en cuanto que no atribuyen una facultad o poder concreto de sentido positivo sobre una cosa a favor de una persona determinada, sino que tienen un asepcto negativo: atribuyen una mera *legitimación reforzada* para declarar la nulidad absoluta del acto dispositivo.

Esto ha llevado a algún sector doctrinal a calificarlas como *meras negaciones de derecho*[16].

No obstante, ello no excluye que la prohibición de disponer supone también el reconocimiento de una *situación jurídica protegida* exigible «erga omnes» por cualquier beneficiado por ella y sancionada con la nulidad absoluta del acto dispositivo realizado en su contravención.

El hecho de que nazca con *vigencia temporal* le dota de un carácter de provisionalidad que hace que puedan encuadrarse como una más de las distintas *situaciones interinas* previstas por nuestro ordenamiento jurídico.

Pueden configurarse como situaciones *a término* (si bien, como veremos, con el máximo establecido en el artículo 785 del C.C.) o con carácter *condicional* (de manera que dejen de producir sus efectos cuando la condición se cumpla).

Pero aunque constituyan una situación jurídica interina, a término o

---

[15] Gómez Gálligo, op. citada, página 270.

[16] «Ciega figura negativa» la califica Moxo Ruano, «Propiedad ilimitada: prohibiciones de disponer», página 25.

condicional, nunca podrán confundirse con las llamadas por *Castro «situaciones de pendencia»*, pues no se trata de que exista una titularidad transitoriamente indeterminada —como ocurre en las sustituciones, reservas, derechos eventuales del ausente o del «nasciturus», herencias fiduciarias o de confianza, etc.—, sino que una titularidad plenamente determinada aparece restringida en el ejercicio de su facultad de disposición.

Ello no excluye (y de ahí a veces la confusión entre ellas) que pueda servir como *instrumento de carácter complementario* para garantizar los derechos eventuales de aquellas personas, v.gr. imponiendo el causante al heredero fiduciario condicional catalán —único que tiene facultad de disposición— la prohibición de disponer de los bienes, (artículo 186 Compilación Catalana)[17].

En efecto, la confusión puede darse con los siguientes supuestos de situaciones de pendencia:

a) *Reserva* de derechos a favor de los hijos del primer matrimonio respecto de los bienes adquiridos a título gratuito del cónyuge fallecido (artículo 968 C.C.).

Se diferencian de las propias prohibiciones de disponer en que no siempre son determinantes de la nulidad de la enajenación, como se deduce de los artículos 974 y 975 C.C., que admiten la validez de la enajenación de los inmuebles reservables antes de celebrar segundas bodas e incluso después, si bien en este caso sólo si al fallecimiento del reservista no quedaran reservatarios y siempre a salvo el tercero hipotecario si no constase la cualidad de reservable del inmueble —que además no puede apreciarse de oficio por el Registrador según el artículo 265 R.H.—, puesto que a lo único que dan derecho es a exigir la inscripción en el Registro de la Propiedad de la cualidad de reservables de los bienes —entonces sí que queda el tercero afectado—, el inventario de los bienes y a asegurar con hipoteca la restitución de su valor —art. 977, 978 C.C.—.

b) Lo mismo cabe decir de la *Reserva Lineal del artículo 811 C.C.* que obliga al ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiere adquirido por título gratuito de otro ascendiente o de un hermano, a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley, en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan.

---

[17] Hoy artículo 217 del Código de Sucesiones Catalán de 30 de diciembre de 1991.

No existe propia prohibición de disponer que afecte al reservista, sin perjuicio de los derechos antes expresados que incumben a los reservatarios, y la enajenación será válida, sin perjuicio de que pueda rescindirse —devenir ineficaz— si se hiciera constar en el Registro la cualidad de reservables y existieran reservatarios al fallecimiento del reservista.

c) Tampoco cabe confundir la prohibición de disponer con *la Sustitución Fideicomisaria,* de la cual —como hemos anticipado— se diferencia en lo siguiente:

1.º En la sustitución fideicomisaria hay siempre un titular de derechos desde la muerte del testador, derecho que pasará a sus herederos (artículo 784 C.C.) a menos que sea condicional, en cuyo caso no se transmitirá a los herederos si el fideicomisario fallece antes de que la condición se cumpla (artículo 759 C.C.), pero mientras tanto siempre existe un derecho reconocido —anotable de embargo si el fideicomisario es puro aunque no si es condicional por ser una mera expectativa de derecho, según la R.D.G.R.N. de 14-12-1960— mientras que en las prohibiciones de disponer *no existe atribución de derecho subjetivo* al favorecido por la prohibición, ni siquiera mera expectativa eventual —el favorecido sólo tiene una legitimación reforzada para exigir la declaración de nulidad—.

2.º En las sustituciones fideicomisarias no necesariamente existe una prohibición de disponer, aunque a veces se utiliza con el fin de *reforzarla,* en el sentido de impedir —como vimos— que el fiduciario condicional pueda enajenar los bienes fideicomitidos con la carga del fideicomiso —cfr. artículo 186 Compilación catalana—[18].

3.º En efecto, el *fiduciario no puede disponer* de los bienes fideicomitidos, no porque esté sujeto a una prohibición de disponer, sino por la propia esencia de la institución del fideicomiso que le obliga a entregar los bienes de la herencia al fideicomisario (artículo 783 C.C.), es decir, que *carece totalmente de facultad de disposición,* a menos que sea fideicomiso condicional catalán, en cuyo caso puede disponer con la carga del fideicomiso (artículo 186 Compilación catalana citado) o que se trate de supuestos excepcionales en que según Lacruz Berdejo estaría facultado el fiduciario para disponer, como para el pago de los gastos legítimos de la herencia —artículo 783, párrafo 2 C.C.—[19].

---

[18] Artículo 217 del Código de Sucesiones.
[19] Lacruz Berdejo, «Elementos», tomo V, pág. 334.

4.º Si las prohibiciones de disponer se configuran no pura y simplemente sino *estableciendo un régimen subsidiario* o determinando el destino de los bienes para el caso de incumplimiento de aquélla («El heredero A no podrá vender la finca pues de lo contrario los bienes pasarán a B»), no constituirán propias prohibiciones de disponer, sino sustituciones fideicomisarias condicionales redactadas bajo una aparente prohibición de disponer —que no admite alternativa a la no disposición—.

5.º Las prohibiciones de disponer no excluyen el fenómeno sucesorio, no impiden la realización de actos dispositivos *mortis causa,* a diferencia de las sustituciones fideicomisarias, en las que el fiduciario carece en principio de facultades de disposición tanto inter vivos como mortis causa (sustitución fideicomisaria normal) o solamente los mortis causa (fideicomiso de residuo).

DEFINICION DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Podría *definirse* la prohibición de disponer, a tenor del estudio realizado antes sobre su naturaleza jurídica y efectos, como «gravamen consistente en la restricción total o parcial de la facultad de disposición de los derechos transmisibles, protegida por las normas con eficacia real una vez publicada registralmente, que sin atribuir un correlativo derecho subjetivo al beneficiado por ellas, determina la nulidad absoluta —o excepcionalmente la mera anulabilidad si así se ha previsto en el título constitutivo o en la ley— del acto realizado en su contravención».

Ya don Jerónimo González los había definido como «restricciones impuestas por mandato jurídico en orden al ejercicio de un derecho subjetivo, que limitan las facultades de su titular sin atribución de otro derecho subjetivo a persona determinada»[20].

Y por Roca Sastre como la «privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados requisitos»[21].

Para Moxó Ruano son «impedimentos que en un derecho normal

---

[20] Jerónimo González, «Prohibiciones de disponer», R.C.D.I., número 9-10, página 659.
[21] Roca Sastre, «Derecho hipotecario», tomo II, pág. 702.

de tráfico el ordenamiento jurídico tolera o impone, suspendiendo su disponibilidad, por un fin legítimo, temporalmente y erga omnes, sin necesidad de creación de un derecho subjetivo»[22].

CARACTERES DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Las prohibiciones de disponer han de reunir los siguientes requisitos o caracteres para que sean admitidas por el ordenamiento jurídico en contra del principio general de libertad demanial:

1. Causa justa

La necesidad de que la prohibición de disponer tenga una justa causa deriva del Derecho Romano, concretamente de un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Antonio Caracalla, reproducido en el Derecho Intermedio por Marciano, a cuyo tenor «quienes en testamento vedan que se enajene alguna cosa sin expresar la *causa* por la que adquieren esto, ni hallarse persona en cuya consideración el testador lo establece, es de ningún valor como si el testador hubiere establecido un nudo precepto»[23].

Este precepto fue recogido en las leyes de *Partidas* (5,5,44) de manera que si el testador «dixese simplemente que la no vendiessen, non mostrando *razón guisada* por lo que lo fazia, si lo vendiessen valdría la vendida, mangüer él lo hubiese defendido», admitiendo sin embargo, que no se podría vender «el castillo, torre o casa o viña o otra cosa de su heredad mostrando alguna razón guisada porque lo defendía, como si dixesse: Quiero que tal cosa (nombrándola señaladamente) non sea enagenada en ninguna manera, más que finque siempre a mi fijo, a mi heredero, porque sea siempre más honrado e más tenido, o fasta que fuese mayor de edad el heredero, o fasta que fuese venido al lugar, si fuere yido a otro lugar»[24].

En la actualidad, tan sólo el *artículo 117 Compilación Catalana* viene a sancionar expresamente este requisito, recogiendo la tradición histórica y romana, al establecer que «la prohibición de disponer sólo

---

[22] Moxó Ruano, op. citada, página 22.
[23] Digesto 30, 114-14, recogido por Encarna Roca en «Fundamentos», página 131.
[24] Roca Sastre, op. citada, página 703.

será eficaz si es temporal y responde a una *razón lícita* o al designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque sea el afectado por la prohibición. En caso contrario constituirá una mera recomendación»[25].

En el *Código Civil* no se hace una regulación sistemática de las prohibiciones de disponer, limitándose el artículo 785 C.C. a establecer la nulidad de las prohibiciones perpetuas. Pero del principio general de *causalidad* de los negocios jurídicos —artículo 1.275 C.C.— y de la necesidad de que las cláusulas de los mismos no sean contrarias a la ley, a la moral ni al orden público —cfront. artículo 1.255 C.C.— se deduce que las prohibiciones de disponer han de responder a *una causa* y que esta causa ha de ser justa.

La causa justa es hoy en día, tratándose de las modernas prohibiciones tanto voluntarias como administrativas y judiciales, la *finalidad cautelar* o de *garantía* —causa *genérica*— que en cada caso concreto puede ser muy variada, según que se pretenda proteger la unidad de un patrimonio familiar, los intereses de un heredero con facultades limitadas, el derecho del cónyuge viudo u otros intereses más actuales como pueda ser el interés de los hijos menores de edad o la garantía de intereses merecedores de protección en la contratación inmobiliaria, etcétera —causa *concreta*—.

Precisamente esta finalidad de garantía que desenvuelve la prohibición de disponer, es lo que nos llevará a justificar su establecimiento no sólo en actos gratuitos sino también en *ciertos actos a título oneroso,* esto es, en aquéllos negocios onerosos en que exista un interés digno de protección y en los que la prohibición de disponer no constituya una redundancia injustificada desvirtuadora del principio de libertad del tráfico jurídico.

Lo que a primera vista puede no parecer necesario —salvo en el Derecho catalán por imperativo del artículo 117 de la Compilación— es la *expresión formal* de tal causa justa, por presumirse que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario —al amparo del artículo 1.277 C.C.—.

Sin embargo, dado que las prohibiciones de disponer —en rigor— son solamente las que gozan de *publicidad registral* y en consecuencia de oponibilidad «erga omnes» —como veremos con posterioridad—, ello supone que deberán ajustarse a los requisitos exigidos por nuestro

---

[25] El artículo 166 del Código de Sucesiones de Cataluña de 30 de diciembre de 1991 no recoge ya expresamente el requisito de la «razón lícita».

Ordenamiento jurídico para la inscripción de los títulos. Y en este sentido es mayoritaria la doctrina que defiende la *necesaria expresión de la causa en los títulos inscribibles,* de manera que la presunción del artículo 1.277 C.C. tendría un alcance puramente procesal de inversión de la carga de la prueba en favor del adquirente, pero sin que ello excluya la necesidad de expresión de la causa en el título inscribible en el Registro de la Propiedad, la cual sería además necesaria para ejercer la calificación y cumplir con las exigencias formales de la inscripción que exigen la expresión en la inscripción del *título,* esto es, de la naturaleza del acto o contrato[26].

2. Temporalidad

El segundo carácter es el de su temporalidad, derivado del principio liberal de desamortización, que ha dado lugar a la afirmación legal, doctrinal y jurisprudencial de que la *propiedad es naturalmente libre.*

Así el *artículo 785 C.C.* establece en su párrafo 2.º que «no surtirán efecto las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aún la temporal fuera del límite señalado en el artículo 781 C.C.».

Dicho *artículo 781 C.C.* —redactado para las sustituciones fideicomisarias, que no cabe confundir con las prohibiciones de disponer—, establece que «las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, será válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

En consecuencia, serán *nulas* no sólo las prohibiciones perpetuas sino también las temporales que impliquen una vinculación de los bienes más allá del *segundo grado,* salvo que se hagan en favor de personas que *vivan* al tiempo de comienzo de la efectividad de la prohibición de disponer (sea el fallecimiento del testador —como dice el propio artículo para las sustituciones fideicomisarias— si la prohibición se estableció en acto mortis causa, sea el momento del otorgamiento del negocio jurídico, si la prohibición se estableció por acto inter-vivos —como la donación—).

La discusión doctrinal sobre si la palabra *grado* equivale a «llama-

[26] De Castro, Roca Sastre, Peña, Lacruz, García García, Amorós Guardiola, todos citados por éste en «La causa el crédito hipotecario», página 174.

miento» o simplemente «generación» —que se da en materia de sustituciones fideicomisarias— tiene también —por analogía y expresa remisión del artículo 785 del C.C.— aplicación en sede de prohibiciones de disponer, siendo la posición mayoritaria, tanto doctrinal como jurisprudencial, la de quienes consideran qué *grado equivale a llamamiento*[27].

Así no serán válidas las prohibiciones de disponer cuando pretendan imponerse más allá del heredero o donatario gravado y su sucesor «mortis causa» —dos trasmisiones o delaciones hereditarias sucesivas— aunque no falta alguna sentencia que equipara grado a *generación (S.T.S. 9-6-1927* y la más reciente de *12-11-1990* que excluyó al bisnieto).

En cuanto a las impuestas a una persona jurídica no podrán exceder de *treinta* años (analogía art. 515 C.C.).

El hecho de que la prohibición exceda de dos grados, determinará la nulidad de la misma, aunque no la del acto en virtud de la cual se constituyó (cfr. artículo 641 C.C., por analogía, al disponer que el pacto de reversión de las donaciones en favor de tercero, que exceda del límite del artículo 781 C.C. es nulo, aunque no determinará la nulidad de la donación y el artículo 786 C.C. para el que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento: sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria).

No se producirá por tanto, la ineficacia parcial de la prohibición «en la medida» que contravenga el límite impuesto por la ley, sino su *nulidad total.*

En contra, podemos destacar la opinión de Lacruz Berdejo[28], favorable a la nulidad parcial, al estimar que la misma debe subsistir dentro de los límites autorizados, en virtud del principio de conservación del negocio. Pero la generalidad de la doctrina[29] opta por la nulidad total.

Así lo confirma la *R.D.G.R.N. 25-6-1904* que consideró no inscribible una prohibición de disponer indefinida.

Igualmente la *S.T.S. 29-10-1949* consideró *nula toda la cláusula* «por extender el fideicomitente, en la cláusula duodécima de su testa-

---

[27] Castro Lucini, «Temas de Derecho sucesorio», pág. 213.
[28] Lacruz Berdejo, «Elementos D. civil», tomo V, pág. 332.
[29] Rodríguez López, «Las prohibiciones de disponer volunaris: extinción y cancelación», R.C.D.I., 557, pág. 811.

mento ológrafo, la prohibición de enajenar más allá de su segundo grado y por no estar probado que las sustituciones se hicieran en favor de personas vivas al tiempo de fallecer el testador (...) sin que obste a su desestimación que actores y demandado aceptasen mutuamente la validez de la cláusula referida, porque los tribunales deben apreciar ex officio la ineficacia o inexistencia de los actos radicalmente nulos (...) si bien habrá que limitar los efectos de la nulidad a los sustitutos de la fiduciaria, primeramente instituida de conformidad con el artículo 786 C.C.» (Considerandos 1 y 2) —es decir, no afecta a la institución—.

Por eso no debe tenerse en cuenta la afirmación que —incidentalmente— hizo la *R.D.G.R.N. de 15 noviembre de 1972,* que ante la defensa hecha por el notario recurrente de que la prohibición de disponer inscrita —que excluía la inscripción de venta— no tenía validez en cuanto que en ella no se establecía ningún límite temporal, establece que «mientras que el asiento no se declare inexacto de conformidad con el artículo 1.º de la L.H. se halla bajo la salvaguarda de los Tribunales y produce todos sus efectos» (hasta aquí hubiera sido correcto, pero añade): «y aparte lo anterior la ineficacia de la prohibición sería a partir del segundo grado, situación que todavía no se ha producido» (por lo que parece optar por la nulidad parcial). Pero ya vimos cómo existen sentencias y otras resoluciones más explícitas, que al plantearse directamente el tema, rechazan la cláusula completamente (sin admitir su inscripción a medias).

En todo caso, fuera del límite de dos grados —negocio jurídico en virtud del cual se establece la prohibición y una delación hereditaria efectiva— *no existe limitación temporal concreta* para las prohibiciones de disponer, salvo en los supuestos en los que la ley lo establezca expresamente:

a) Así, en el *ámbito de Navarra,* que tiene una doble especialidad.

Por un lado las prohibiciones de disponer en actos *a título gratuito,* no pueden exceder del *cuarto llamamiento,* y además si exceden no son nulas en su totalidad sino tan sólo en la medida que excedan de dicho límite —nulidad parcial—. Así lo establece la *Ley 481:*

«La prohibición de disponer establecida en actos a título lucrativo, inter vivos o mortis causa, a favor de personas determinadas o determinables dentro de los límites del párrafo segundo de la Ley 224, tiene siempre eficacia real y será inscribible en el Registro.»

Y la *Ley 224* por su parte establece:

«No existirá limitación de número en los llamamientos de fideicomisarios sucesivos a favor de personas que vivan o al menos estén concebidas al tiempo en que el primer fiduciario adquiera los bienes. Las sustituciones a favor de personas que no existan en ese momento no podrán exceder del cuarto llamamiento; en lo que excedan de ese límite se entenderán por no hechas.»

Por otro lado, en cuanto a las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso en Navarra —único ámbito territorial en el que no rige el artículo 26 L.H.— se establece un plazo máximo de cuatro años para la eficacia real de la prohibición.

Así lo establece la *ley 482,* a cuyo tenor:

«La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso tiene eficacia obligacional por el plazo máximo de diez años, siempre que se haga a favor de personas actualmente determinadas. Esta prohibición es inscribible, siempre que para ello exista convenio expreso, y una vez inscrita en el Registro tendrá eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años.»

b) Otra excepción viene constituida por el *pacto de indivisión* que regula el *artículo 400 C.C., párrafo 2.º,* que establece que:

«(...) Será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención.»

Dicho pacto, constituye una *prohibición de eficacia restringida,* en la medida que no limita las facultades de disposición de los cotitulares, que siempre podrán enajenar su derecho (artículo 399 C.C.), aunque sí priva de otra de las facultades ínsitas en el dominio, como es la facultad de exigir la cesación de la comunidad mediante el ejercicio de la acción de división de la cosa común (párrafo 1.º, artículo 400 C.C.). Es un pacto que es inscribible en el Registro de la Propiedad, en la medida que limita una de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales —artículo 7 R.H.—.

De la misma manera que es inscribible el pacto de indivisión, también lo es el *pacto de división futura,* pacto en virtud del cual los copropietarios de un inmueble acuerdan el modo de proceder en su día a la disolución de la comunidad y a la división material de la finca, ya que tiene naturaleza real, como admite la *R.D.G.R.N. de 1-4-1981,* ya que es sujeto activo de la titularidad real cada uno de los condueños, sujeto pasivo serían los demás, y el objeto es directamente la finca, «produciéndose una modificación jurídico-real consistente en modalizar el

alcance de la cuota y excluir otros procedimientos de disolución de la comunidad, siendo el derecho ejercitable erga omnes». Por eso, y de la misma manera que todos los demás supuestos de restricción de las facultades de ejercicio de un derecho real, debe estar sometido a plazo, como consecuencia del principio general antes expresado de libertad de dominio.

Dicho *principio de libertad de dominio,* no sólo se deduce de los artículos examinados (781 y 785 C.C., Leyes 481 y 482 Compilación Navarra), sino que está consagrado jurisprudencialmente (así la *S.T.S. 29-10-1949* considera que el propósito de tales preceptos «no es otro que evitar las vinculaciones, como contrarias a la naturaleza de la propiedad). Igualmente la *R.D.G.R.N. de 18-4-1952* sanciona el principio favorable a la libertad demanial, al establecer que las prohibiciones de disponer constituyen limitaciones del dominio —admitiendo la hipoteca sobre bienes inscritos con dicha prohibición, si bien excluyendo su ejecución en caso de impago hasta que la finca quede libre de la traba impuesta; y la *R.D.G.R.N. de 1-8-1959* afirma que la *propiedad es naturalmente libre* sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, de manera que lo que interesa registralmente no es tanto definir el contenido del derecho de dominio sino *publicar sus restricciones* —así lo afirma al declarar no inscribible el reconocimiento de que una barandilla en la finca propia no constituya servidumbre de vistas que grave el predio contiguo, ya que es inoperante al no alterar el modo de ser normal del derecho de propiedad—.

3. Fundamento de garantía

El *fundamento* de la prohibición de disponer es, por tanto, de *garantía,* ya sea de derechos eventuales o futuros, ya de los intereses legítimos de otras personas distintas del adquirente, de manera que puede servir para mantener unido un patrimonio familiar, o como instrumento para lograr la satisfacción de las necesidades del favorecido por ella —a veces incapacitado— o simplemente garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas —cumplimiento de la carga o modo impuesta al heredero, etcétera— o del demandado —anotación preventiva de prohibición de disponer—.

Nunca la *razón de ser* de la prohibición, en lugar de complementaria de otra figura jurídica, puede ser *principal,* esto es, en atención a sí misma, como ocurriría en la prohibición de disponer impuesta por el otorgante sobre sus *propios bienes.*

La posibilidad planteada por Lezón de constituir una prohibición sobre los bienes propios —que él admitía al estudiar la constitución de patrimonios eclesiásticos o dote para la ordenación sacerdotal, entre cuyas modalidades figuraría la prohibición de disponer del usufructo de los bienes propios en beneficio de la comunidad[30]— además de constituir una figura de autocontratación no admitida por nuestro Derecho —como él mismo ya se planteó— *no responde a ninguna razón lícita* —requisito de las prohibiciones como veremos— en cuanto vinculan los bienes en beneficio propio, contradiciendo el principio imperativo de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 C.C. y además contradicen el sistema del título y el modo —artículos 609 y 1.095 C.C.— propio de nuestro Derecho, por virtud del cual la constitución de un derecho real —y por tanto de una prohibición de disponer dadas las analogías existentes con los mismos— requiere de un contrato de finalidad traslativa lo cual no puede darse en las prohibiciones de disponer sobre los bienes propios.

En efecto, siempre tiene que existir un *negocio traslativo* para que pueda nacer una prohibición de disponer, que actuará como instrumento para garantizar la finalidad o causa del negocio, ya sea la contraprestación de la otra parte —en los negocios onerosos en que excepcionalmente se admita como veremos—, ya el deseo justo que mueve a la liberalidad del bienhechor —en los gratuitos— (artículo 1.274 C.C.).

Ello no obstante, no necesariamente el negocio traslativo ha de ser de propiedad, bastando un *negocio constitutivo de un derecho limitado sobre la cosa,* como pudiera ser una donación de la nuda propiedad con prohibición de disponer o incluso en la prohibición de disponer estipulada al constituir un *arrendamiento* sobre el inmueble —a continuación se estudiará precisamente la *S.T.S. de 12-11-1963* que se planteó la eficacia de una prohibición de disponer sin consentimiento del arrendatario impuesta al propietario al constituirse un arrendamiento sobre la casa—.

4. Reconocimiento legal

Muy ligado con el anterior carácter de *causa justa* es el de que han de tener siempre las prohibiciones de disponer un reconocimiento legal, cualquiera que sea su clase —voluntaria, legal, administrativa o proce-

[30] Lezón Novoa, «Una modalidad de prohibición de disponer», R.C.D.I., núm. 23, pág. 873.

sal— en el sentido de que el *origen remoto* de las mismas se halla siempre en la ley, ya directamente —explica Moxó Ruano[31]— ya a través de medidas procesales en situaciones judiciales o administrativas, ya porque aquélla autorice a los particulares para su formulación. Esta reducción a una sola fuente estaría recogdia en el propio artículo 26 L.H. que siempre exige que estén establecidas por la ley o que la legislación vigente reconozca su validez.

Igualmente Amorós considera que el origen último de las prohibiciones de disponer radica en el *ordenamiento jurídico,* bien directamente creándolas, bien indirectamente sancionando su creación por los particulares, ya que éstos no pueden por sí mismos modificar una cualidad esencial de los derechos si previamente no lo permite la ley[32].

5. Han de estar expresamente establecidas

Las prohibiciones de disponer, en consecuencia, han de estar previamente establecidas, bien por la *ley* (las anotaciones preventivas de prohibición de disponer ordenadas por autoridad administrativa o judicial han de estar también basadas en un reconocimiento legal), bien por los otorgantes en el *título constitutivo,* en base a una causa justa reconocida por el ordenamiento. Así se deduce de los siguientes *principios generales del Derecho:*

a) El *principio de especialidad* que exige la precisa determinación de la extensión del derecho inscrito —art. 12 L.H. y 51 párrafo 6 R.H.—.

b) El *principio de interpretación estricta de las normas excepcionales* (artículo 4.º, párrafo 2.º C.C.) y no hay que olvidar que las prohibiciones de disponer lo son como contrarias a la natural libertad de las cosas *R.D.G.R.N. de 25-4-1931 y 5-2-1925).*

c) El menor juego del *ámbito de la autonomía privada* en materia de gravámenes inmobiliarios, a diferencia del campo estrictamente obligacional (artículo 1.255 C.C.).

d) El principio general de *libertad de dominio* como reconoce la *R.D.G.R.N. de 1-2-1952* y que sanciona el artículo 107, párrafo 4.º L.H. al prohibir el pacto de no volver a hipotecar la finca hipotecada.

---

[31] Moxó Ruano, op. citada, página 26.
[32] Amorós Guardiola, op. citada, página 10.

Por eso consideramos plenamente aplicable el artículo 785 C.C. en su párrafo 1.º que establece que no surtirán efecto las sustituciones fideicomisarias —por analogía las prohibiciones de disponer— que no se establezcan de una *manera expresa*.

Hay que rechazar, por tanto, no sólo las prohibiciones presuntas sino también las tácitas —admitidas sin embargo, por Roca, aunque sin fundamentarlo[33]—, máxime cuando las prohibiciones de disponer tienen una dimensión registral, y en el Registro de la Propiedad no tienen cabida cargas impuestas presunta o tácitamente, dado el carácter imperativo del procedimiento registral, tendente precisamente al conocimiento exacto de las cargas existentes sobre el inmueble.

3) A mayor abundamiento, tratándose de prohibiciones de disponer establecidas por voluntad de los otorgantes en *donaciones*, debe regir el principio de *forma constitutiva*, que en materia de donaciones establece el *artículo 633 C.C.* que en su párrafo 1.º preceptúa:

«Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el *valor de las cargas* que deba satisfacer el donatario».

No cabe duda de que entre tales *cargas* deben figurar las prohibiciones de disponer en cuanto gravamen negativo que limita el poder de disposición sobre la cosa —cfr. artículo 7.º y 51 párrafo 7 R.H.—, máxime cuando (como ya hemos defendido al hablar de la prohibición de disponer y el modo) «carga impuesta al donatario» se identifica con «condición», pues su incumplimiento faculta para revocar la donación —artículo 647 C.C.— (en la donación carga equivale a condición).

6. Eficacia erga omnes

La eficacia «erga omnes» es otra importante característica de las prohibiciones de disponer, generalmente aceptada por la doctrina, y a la que ya nos hemos referido al estudiar su semejanza —aunque no identidad— con los derechos reales: la prohibición determina la nulidad absoluta de la disposición efectuada en su contravención, frente a cualquier adquirente del bien.

Moxó Ruano[34] la considera como una nota de relevante caracteri-

---

[33] Roca Sastre, «Derecho Hipotecario», T. II, pág. 707.
[34] Moxó Ruano, op. citada, página 23.

zación, que quiere significar el grado de su eficacia, que en las prohibiciones *debe alcanzar a todos,* de manera que aunque puedan existir prohibiciones obligacionales —como las del artículo 27 L.H.— en realidad al reducirse a un pacto de mera obligación, con los efectos propios de una regulación contractual, podrá incumplirse, y en consecuencia deja de ser verdadera prohibición de disponer.

Igualmente Roca Sastre defiende el carácter propiamente dicho de las prohibiciones sólo cuando *están inscritas* y critica la *conversión legal* que hace el *artículo 57 R.H.* de las prohibiciones de disponer onerosas en obligaciones de no disponer garantizadas, considerando que dicho precepto incide en una lamentable confusión, «pues una cosa es la prohibición de disponer de eficacia real e inscribible, y otra cosa es la obligación de no disponer de puro alcance personal»[35].

«Si resulta —sigue diciendo Roca— que no es inscribible se estará ante una prohibición de disponer nula o ineficaz, sin más valor que una mera recomendación de no disponder carente de efectos jurídicos, mas no frente a una obligación de no disponer.»

Amorós Guardiola, al comentar la *S.T.S. 12 noviembre de 1963* defiende la *intrínseca eficacia frente a terceros* de las prohibiciones de disponer, y afirma que en esta materia la oponibilidad o eficacia erga omnes es esencial, de manera que *tal oponibilidad va ligada a la publicidad.* Sin publicidad no hay —o no debe haber— oponibilidad. Consecuencia es que las prohibiciones de disponer, para ser plenamente tales, plenamente eficaces, requieren el apoyo del Registro de la Propiedad como forma organizada de publicidad de los inmuebles[36].

En dicha *S.T.S. 12-11-1963* se planteaba la eficacia de la estipulación por vitud de la cual en caso de venta de la finca «que no podrá realizarse sin consentimiento de la arrendataria, ésta será la compradora preferida en análogas condiciones».

El T.S. establece que «la cláusula antes transcrita envuelve en realidad una limitación a la facultad de enajenar por cierto tiempo, voluntariamente impuesta por el propietario arrendador, concediendo al arrendatario la preferencia de adquisición del inmueble; pero su incumplimiento por parte del obligado no puede tener la trascendencia que los demandantes pretenden de otorgarles efectos reales, porque a partir de la reforma de la L.H. de 30 de diciembre de 1944, mantenida por la

---

[35] Roca Sastre, op. citada, página 739.
[36] Amorós Guardiola, op. citada, página 963.

vigente de 8 de febrero de 1946, las prohibiciones lícitas de disponer establecidas en actos a título oneroso, que no sean de las comprendidas en él, no tienen alcance real, y consiguientemente en caso de infracción, sólo producen para la persona afectada por la limitación o prohibición, la obligación de abonar los daños y perjuicios causados» (Considerando segundo).

Por eso, —sigue diciendo Amorós— «hablar de una prohibición de disponer con efectos puramente obligacionales parece una contradicción en sus términos. O la prohibición condiciona el acto dispositivo y afecta necesariamente al presunto adquirente posterior, o carece de eficacia como tal prohibición»[37].

«La condición real u oponible de un derecho, que sólo puede ser atribuida por ley, constituye el presupuesto de su publicidad registral. Sólo los derechos oponibles serán publicables. La publicidad es el instrumento técnico a través del cual se actúa la oponibilidad. Lo cual no significa que todo derecho oponible tenga que ser necesariamente inscrito, porque, además del Registro Inmobiliario, existen otros medios de publicidad. Pero sólo a través de la publicidad llegan a tener eficacia frente a terceros las relaciones oponibles»[38].

Nosotros —sin apartarnos de lo dicho por estos ilustres autores— defendemos plenamente la *eficacia real de la prohibición de disponer inscrita* (como se deduce claramente de la evolución jurisprudencial que veremos en el capítulo siguiente, en torno a figuras muy similares —como es el pacto de reserva de dominio—) pero *negamos* que la no inscripción de la prohibición de disponer implique hoy en día necesariamente su nulidad (aunque lo propugnamos de lege ferenda como ahora veremos haciendo constitutiva su inscripción) ni —tampoco— que implique su conversión en obligación de no disponer. Sólo existe claramente esa conversión legal en Navarra con relación a las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso no inscritas —ley 482—.

Lo ideal —*lege ferenda*— sería que la inscripción de las prohibiciones de disponer en actos gratuitos (o en los onerosos si se llegase a admitir su inscribibilidad, como se propugna en este trabajo, siempre que tengan causa suficiente que las justifique) fuera *constitutiva*, de manera que sólo serían propias prohibiciones de disponer las inscritas, y nulas —ineficacia derivada de invalidez— las que no llegasen a

[37] Amorós Guardiola, op. citada, página 962.
[38] Idem, página 984.

inscribirse. Con ello se conseguiría una mayor seguridad jurídica, especialmente en figuras de esta naturaleza de efectos radicales y restrictivas del tráfico jurídico.

Esto todavía no se ha reconocido expresamente en la ley (todo lo contrario el artículo 27 L.H. como hemos visto induce a confusión), menos aún en las impuestas en actos a título oneroso, respecto de las cuales aún no se admite siquiera su inscribibilidad —salvo Navarra—.

Se regirán por tanto, las prohibiciones de disponer por el *principio general espiritualista y por el sistema del título y el modo* que rige en nuestro Derecho —artículos 609, 1.095 y 1.278 C.C.— de manera que aún cabe la posibilidad de existencia de prohibiciones de disponer *al margen del Registro de la Propiedad.*

Pero las prohibiciones de disponer *no inscritas,* aún válidas, no serán eficaces frente a quien es tercero hipotecario, aunque sí —como veremos— frente a quien no está protegido por el sistema inmobiliario, lo que demuestra que ni son nulas ni son meras obligaciones de no disponer, sino tan sólo que son *ineficaces registralmente o irrelevantes* frente a tercero inscrito.

Así lo vamos a defender distinguiendo *según se trate de prohibiciones en actos lucrativos u onerosos:*

I. *Prohibiciones en actos a título lucrativo*

En ellas es donde juegan plenamente los principios hipotecarios, pues se admite su inscribibilidad. Si se ha llegado a inscribir efectivamente, la prohibición de disponer tiene plena eficacia real.

Sólo en el caso de que no hayan llegado a inscribirse por cualquier razón (no se inscribió el título principal, o mero error de inscripción), sólo —digo— en estos casos puede plantearse que la eficacia real de las mismas no tenga plena efectividad frente a tercero protegido por el sistema. Pero serán plenamente eficaces como propias prohibiciones de disponer frente a quien no sea tercero hipotecario (v.gr. heredero —no inscrito— que adquirió con prohibición de disponer y que vende en documento privado: la venta será nula).

No hay ningún precepto legal —insisto— que determine ni la nulidad ni la conversión en meras obligaciones de no disponer, de las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título gratuito no inscritas.

II. *Prohibiciones en actos a título oneroso*

A su vez deberíamos distinguir dos casos —según se admita como en las impuestas a título gratuito su inscribibilidad o se rechace—:

A) En *Navarra*, donde las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso están expresamente admitidas —ley 481— y se les permite su inscribibilidad. En efecto, en la Compilación Navarra sí está expresamente establecida la denominada convesión legal de la prohibición onerosa no inscrita, al establecer que:

«La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso tiene eficacia obligacional durante el plazo máximo de diez años, siempre que se haga a favor de personas actualmente determinadas. Esta prohibición es inscribible, siempre que para ello exista convenio expreso, y una vez inscrita en el Registro tendrá eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años» —ley 482—. En consecuencia:

a) Si la prohibición de disponer en actos a título oneroso no se inscribe, en este caso la prohibición de disponer tendrá eficacia meramente obligacional. Es decir, que no será propia prohibición de disponer por carecer de eficacia frente a terceros y en caso de incumplimiento sólo dará lugar a indemnizar los perjuicios causados, siempre y cuando se cumplan además dos requisitos: que se hagan a favor de personas actualmente determinadas (no se admiten las impuestas a favor de no concebidos, como pudiera ocurrir en la gratuitas, aunque tampoco se exige que hayan nacido) y que tengan una duración máxima de diez años, transcurridos los cuales ni siquiera tendrán eficacia obligacional —en lo que excedan de dicho plazo se tendrán por no hechas —analógicamente ley 224—.

Esta solución es distinta que la del Derecho común respecto de las prohibiciones de disponer en actos lucrativos —a pesar de ser en ambos casos inscribibles—, ya que sanciona expresamente el carácter meramente obligacional de la prohibición onerosa no inscrita.

b) Si la prohibición de disponer en actos a título oneroso se inscribe en el Registro de la Propiedad, en este caso la prohibición de disponer será propiamente tal, al adquirir eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años.

B) En el *resto de España*. No se admite la inscribibilidad de las prohibiciones de disponer constituidas en actos a título oneroso —artícu-

lo 27 L.H.— e incluso se exige expresamente que se deniegue la inscripción en el cuerpo de la inscripción en el supuesto que se asegure su cumplimiento por hipoteca u otra forma de garantía real.

Esto ha llevado a la doctrina, como antes veíamos, a considerar —y criticar— que existe una conversión legal de las prohibiciones de disponer no inscritas en obligaciones de no disponer cuyo cumplimiento se puede asegurar con hipoteca u otra forma de garantía real.

Lo que nunca se admitiría es que se asegurasen con condición resolutoria, ya que significaría indirectamente llegar a los mismos efectos que la prohibición de disponer en acto oneroso inscrita. Así lo confirma la *R.D.G.R.N. de 4-11-1968,* para la cual, las prohibiciones de enajenar encubiertas bajo la apariencia de condición resolutoria deben reunir los mismos requisitos que las establecidas abiertamente.

Dicha conversión legal, que ha sido criticada —como veíamos— por entender que lo que debería haberse preceptuado era la nulidad de la prohibición de disponer, no me parece que esté tan claramente establecida.

El ordenamiento jurídico podría haber optado por admitir la inscribibilidad de las mismas —en cuyo caso tendrían eficacia real una vez inscritas— y si —admitida su inscribibilidad— no se inscribieran, a su vez se podría haber optado por que se determinase el carácter meramente obligatorio de las mismas —caso de Navarra— o simplemente su nulidad —como propugna la mayor parte de la doctrina—.

Pero en nuestro ordenamiento *no hay una sanción expresa, porque no se admite su inscribibilidad.* No se puede establecer una sanción para el caso de no inscripción de las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso porque precisamente no se admite su inscripción. Pero el que haya optado por la no inscribibilidad no significa a contrario sensu que las prohibiciones no inscritas constituidas en actos a título oneroso sean meras obligaciones de no disponer. Ello dependerá de la voluntad de los otorgantes, que es la que debe regir la configuración del negocio jurídico —artículo 1.255 C.C.— los cuales *podrán configurar la prohibición de dos maneras:*

— O como una mera *obligación de no disponer,* en cuyo caso dice la ley, que podrán asegurar su cumplimiento con hipoteca u otra garantía real —no con condición resolutoria como vimos— (arts. 27 L.H. y 57 R.H.).

— Pero también cabe que quieran configurarla como *propia prohibición de disponer,* con eficacia real, aunque el hecho de su no inscri-

bibilidad la dejarán inefectiva frente a terceros protegidos por el sistema inmobiliario.

La configuración como una u otra —obligación de no disponer o prohibición propiamente dicha— dependerá de la voluntad de los otorgantes y de la forma como se haya redactado el negocio (artículo 1.281 C.C.).

Pero lo que no cabe duda es de la posibilidad de que se quiera configurar con trascedencia real una prohibición de disponer en acto a título oneroso (siempre que exista justa causa, como veremos) aunque el hecho de que no se adimta —salvo en Navarra— su inscribibilidad, pueda privarle en algún caso de efectividad (frente a titular inscrito).

Así la mencionada *S.T.S. 12-11-1963,* (con relación al pacto estipulado en un contrato de arrendamiento, de que en caso de venta de la finca no se podrá realizar sin consentimiento de la arrendataria) establece que tal pacto «no tiene alcance real y consiguientemente, en caso de infracción, sólo producen para la persona afectada por la limitación o prohibición, la obligación de abonar los daños y perjuicios causados».

Hubiera bastado decir —para argumentar su resolución en contra de la eficacia del citado pacto frente al suadquirente de la casa—, que «no tienen alcance real frente al tercero protegido por la fe pública registral», pues no cabe olvidar que en el supuesto de autos, el subadquirente frente al que se quería hacer efectivo el pacto, era un tercero hipotecario, es decir, había adquirido en escritura pública e inscrito en el Registro de buena fe —este aspecto no fue negado en la demanda— y a título oneroso.

¿Pero y si el pacto se hubiera tratado de hacer efectivo frente a quien era mero adquirente en documento privado o en escritura pública no inscrita? ¿Es que en tal caso el pacto no hubiera sido eficaz frente a él y sólo hubiera dado lugar a indemnizar los daños y perjuicios causados al favorecido por la prohibición? Creo que aún no existe ningún argumento de derecho positivo que lleve a esta conclusión, sino que por el contrario, en base al artículo 1.255 C.C., deberá admitirse plenamente la posibilidad de las prohibiciones en actos onerosos con eficacia real (pues no son contrarias a ninguna norma prohibitiva, ni a la moral ni al orden público), sin perjuicio de que la no inscribibilidad de la prohibición pueda frustar su finalidad si el adquirente inscribe su título (queda a los otorgantes el calibrar las circunstancias, y optar si lo desean por una configuración como mera obligación de no disponer).

Por eso, y en base a lo dicho, deberán en conclusión, distinguirse —tanto en las prohibiciones en actos lucrativos no inscritas (siempre) como en las onerosas (sólo en el caso de que la voluntad de las partes haya sido ésta y no la de crear una mera obligación de no disponer)— *dos supuestos:*

a) Tratándose de *tercer adquirente que inscribe su derecho:* en estos casos es donde la prohibición —no inscrita— pierde su verdadera eficacia real.

1. La prohibición de disponer no inscrita no perjudicará a tercero que inscribe y reúne los requisitos de protección por la fe pública registral —artículo 34 L.H.—, es decir, que cumpla las siguientes características:

— No haber sido parte en el contrato. Debe de tratarse de *subadquirente* del titular registral, pues al adquirente que ha sido parte en el negocio dispositivo no le protege el sistema.

En efecto, para que el principio excepcional del artículo 34 L.H. opere es preciso, en general, que *existan dos transmisiones,* de manera que sólo el subadquirente que no ha sido parte en el contrato quedará protegido.

Así lo señala expresamente la citada *Sentencia del T.S. de 1 de febrero de 1974,* que declaró nula una hipoteca constituida por el quebrado durante el periodo de retroacción de la quiebra —así como el procedimiento judicial sumario de ella derivado— por entender que el adquirente en la subasta, a pesar de haber adquirido de titular registral con facultades para transmitir y haber inscrito su derecho, «no goza de la cualidad de *tercero hipotecario* protegido por el artículo 34 de la L.H. respecto de la adquisición de las fincas hipotecadas, porque siendo a la vez acreedor hipotecario y adjudicatario de dichas fincas en el procedimiento sumario que a su instancia se promovió tenía conocimiento de las causas de nulidad que afectaban a la hipoteca y al procedimiento a que ésta dio origen».

Y en su Considerando 12 interpreta correctamente esta sentencia el citado artículo 34 L.H. y su eficacia frente al artículo 878 del Co.Co. al establecer que «para que pueda hablarse de tercero hipotecario tienen que existir dos actos adquisitivos inscritos, uno primero en el cual se apoya el segundo, en el sentido de que el sujeto adquirente en aquél sea el sujeto transferente en éste, pues solamente bajo esta idea de *subadquirente* puede entenderse el juego íntimo del artícu-

lo 34, así como el verdadero concepto de tercero, el cual como declaró la S.T.S. de 26-6-1901 presupone siempre una segunda enajenación».

Igualmente la *S.T.S. de 17 de octubre de 1989* establece como requisitos de aplicación del artículo 34 L.H. los siguientes: 1) haber adquirido de titular registral; 2) a título oneroso; 3) de buena fe; 4) inscribir el derecho resultante del título adquisitivo; 5) que el acto adquisitivo sea válido; y 6) que se anule el derecho del transmitente por virtud de causas que no consten en el Registro. Y al analizar el requisito de la *validez del acto dispositivo* establece en su fundamento segundo:

«Para que el artículo 34 L.H. sea aplicable, debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría entonces el artículo 33 de la propia L.H. El artículo 34 L.H. sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 L.H. es una excepción al artículo 33 L.H.»

Y confirma esta doctrina la *S.T.S. de 15 de noviembre de 1990,* que establece, que una vez cumplidos tales requisitos, «el artículo 34 L.H. enerva la acción reivindicatoria, la acción meramente declarativa, la acción confesoria, o cualquier otra acción real y protege al adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo que pretenda la anulación o resolución del derecho del transferente» (fundamento segundo).

Ahora bien, no debe olvidarse que las prohibiciones de disponer tienen una *vocación de publicidad* registral sin la cual carecen de eficacia real, y mal se puede entender por quien consulta el Registro que le pueda afectar una limitación de la facultad de dispositiva del titular no inscrita —al igual que los derechos de adquisición preferente—.

2. Por eso, aunque en principio el que adquiere del titular registral afectado por una prohibición de disponer a él impuesta —ya sea en acto oneroso y no se haya podido inscribir, ya en acto a título gratuito y que por cualquier circunstancia no se haya llegado a inscribir —como el mero error de inscripción[39]—, pudiera pensarse que está afectado por la nulidad el contrato, pues no cabe olvidar que la inscripción no convalida los actos nulos (artículo 33 L.H.) y nulo es el contrato por el

[39] En caso de error de inscripción, esto es, que se omitiera consignar la prohibición de disponer, la solución sería más clara, ya que el asiento sería nulo (artículo 9 y 30 L.H.), pero no se podría declarar tal nulidad en perjuicio de adquirente posterior pese a ser parte en el contrato, ya que sería tercero respecto de dicho error (artículo 34 L.H.).

que dispone quien está sujeto a una prohibición de disponer —artículo 6 C.C.—, sin embargo, dado el *carácter esencialmente publicitario* de las prohibiciones de disponer que en este trabajo se defiende (sólo tendrán eficacia real las inscritas) deben llevarnos a propugnar, que en este caso no sólo debe quedar protegido el subadquirente sino también el primer adquirente inscrito.

Arguyo en favor de ello —dado que todavía no se ha sancionado en nuestro Derecho positivo el propugnado carácter constitutivo de la inscripción de las prohibiciones— no el carácter obligacional de la prohibición no inscrita sino el que éstas por naturaleza tienen vocación de publicidad registral, así como la protección dispensada a la *legitimación registral* en el artículo 38 L.H. a cuyo tenor:

«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.»

Es decir, aunque al primer adquirente de quien adquirió sujeto a una prohibición de disponer —que no llegó a inscribirse— no esté en rigor protegido por la *fe pública registral sí lo estará por la legitimación registral,* que presume la extensión del derecho inscrito en los términos expresados en el asiento registral.

Este principio de legitimación registral, que en principio es una presunción «iuris tantum», a mi entender *juega con carácter «iuris et de iure» en los derechos esencial o vocacionalmente publicitarios* —como son las prohibiciones de disponer— en los cuales, aun sin ser constitutiva la inscripción están por naturaleza abocada a ella para cumplir su función económica.

Así la *S.T.S. de 23 de mayo de 1989,* explica el principio de legitimación, haciendo prevalecer al titular registral y ordenando el lanzamiento de los meros poseedores de la finca, que carecían de título de adquisición de derecho alguno sobre la finca, en los siguientes términos:

«La inscripción ampara al titular inscrito, tanto con referencia a la situación jurídica de la finca, como a sus circunstancias, siempre que no sea declarada su inexactitud. Por ello tal principio establece la presunción *de veracidad de los asientos en cuanto a la existencia, extensión y titularidad de los derechos inscritos.* Conforme al artículo 38 L.H. se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen, por lo que se da por existente el derecho real que figura inscrito debidamente y sin contradicción y esta existencia se apoya en el *asiento en sí mismo considerado,* sin que se tengan en cuenta los

presupuestos que pudieron darle origen, y de igual forma se extiende este derecho a los *linderos y cabida* de las correspondientes fincas, considerándose exacto lo que el Registro expresa de la razón de adquirir, puesto que el artículo 38 L.H. presumen que los derechos reales inscritos pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo» (fundamento de derecho tercero).

También apoya esta interpretación, la *R.D.G.R.N. de 22 de febrero de 1989* la cual —al defender la posibilidad de embargo y ejecución de bienes gravados con prohibición de disponer— afirma que «es natural la no tutela jurídica de intereses que pudiendo no se quisieron configurar como derechos subjetivos» (esto es, que la posición del tercero favorecido no se configuró a través de un verdadero derecho de adquisición preferente inscrito en el Registro, lo que sí hubiere garantizado su preferencia).

Es decir, viene a sancionar el *disfavor* con que el ordenamiento jurídico contempla las prohibiciones de disponer no inscritas y así afirma la no plena eficacia real de una prohibición de disponer pese a estar inscrita (frente a anotantes de embargo, que ni siquiera gozan plenamente de las prerrogativas que el sistema inmobiliario presta a los derechos inscritos), por lo que *mucho más debe sancionarse la no eficacia real frente a tercero que inscribe de las prohibiciones de disponer que ni siquiera están inscritas, aunque tal tercero sea parte con relación al contrato de adquisición,* esto es, aunque no sea subadquirente.

Por tanto, la prohibición no inscrita no es que se convierta en obligación de no disponer; tiene eficacia real, pero choca con la *inoponibilidad* de lo no inscrito (artículo 32 L.H.).

Veamos ahora otros requisitos que debe reunir el adquirente para ser protegido frente a prohibición no inscrita:

— Gozar de *buena fe.* Debe rechazarse que, en el caso de que el adquirente tenga mala fe, —esto es, que tuviera conocimiento extrarregistral de la prohibición de disponer— pueda quedar amparado por el hecho de que la prohibición no esté inscrita. «Tan sólo llegando a probarse que el comprador tenía exacto conocimiento de la restricción de la facultad dispositiva del vendedor, podría llegar a afectarle esa limitación»[40].

---

[40] Amorós Guardiola, op. citada, página 976.

— Adquirir *a título oneroso.* Si la adquisición se hubiera efectuado a título gratuito, el adquirente (heredero, legatario, donatario) no queda protegido por el artículo 34 L.H., a menos que su causante gozase ya de la cualidad de tercero (sí por el 32 L.H. como veremos).

— Que adquiera de *titular registral e inscriba* su derecho, pues el que adquiere de quien no es titular según Registro e inscribe su título —inmatriculación— no goza de la protección de la fe pública registral hasta transcurridos dos años desde su fecha —artículo 207 L.H.—.

Y tampoco el mero acreedor que anota su derecho —no es inscripción de derecho real— no puede impedir que opere la efectividad de la prohibición de disponer aunque no esté inscrita (aunque ya veremos como la prohibición de disponer voluntaria no puede paralizar la ejecución, dado el carácter imperativo del artículo 1.911 C.C.).

b) Que se trate de *tercero que no inscribe su título de adquisición o de tercero que inscribe pero no reúne los requisitos antes expresados.*

En caso de tercero no inscrito la prohibición de disponer que afectaba al derecho de su transmitente debe afectarle a él en su totalidad, dado que —a pesar de no estar inscrita la prohibición— no goza de la protección del sistema y todo ello siempre que la prohibición de disponer *goce de cierta publicidad,* como sería su estipulación en un documento privado con fecha fehaciente o en escritura pública —cfr. S.T.S 20-3-1930 estudiada posteriormente al estudiar la reserva de dominio—.

Por eso la moderna concepción de la publicidad registral supone que la prohibición no inscrita será ineficaz frente a tercero que inscribe, quedando reducida la concepción primitiva de la oponibilidad derivada de fecha fehaciente a los reducidos supuestos de conflicto entre los derechos del favorecido por ia prohibición y el tercer adquirente no inscrito —no protegidos por el sistema—.

Todo ello, sin perjuicio de que se defienda (como se verá en las conclusiones) que de lege ferenda debe arbitrarse un sistema de inscripción constitutiva, que haga ineficaces, incluso frente al tercero no inscrito, las prohibiciones no inscritas —sancionando su nulidad—.

¿Pero qué ocurre con el *tercero que inscribe pero no reúne los requisitos del artículo 34 L.H.?* ¿Ha de quedar o no protegido?

Hemos visto cómo la protección que nuestro Derecho dispensa al adquirente de un inmueble que confía en los asientos del Registro es doble —no sólo el art. 34—:

a) *Inoponibilidad de lo no inscrito.* Lo recoge el artículo 32 L.H. al establecer:

«Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.»

b) *Fe pública registral.* Aunque la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (artículo 33 L.H.), como excepción a ello el *artículo 34 L.H.* establece:

«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección que la que tuviere su causante o transferente».

Sabido es que existe una discusión doctrinal sobre si este tercero de los artículos 32 y 34 de la L.H. reúnen las mismas características o son distintos. Uno y otro tratan de proteger la *buena fe* del adquirente que confía en el Registro, pero a mi entender reflejan, no sólo criterios distintos de protección —latino y germánico respectivamente— sino que se refieren a *distintos terceros:*

a) El tercero del artículo 34 L.H. precisa para su protección adquirir de *titular registral,* mientras que tal requisito no se exige en el artículo 32 L.H. —aplicable por tanto, también a las inmatriculaciones transcurridos los dos años de suspensión de efectos del artículo 207 L.H.—.

b) El tercero del artículo 32 de la L.H. no precisa adquirir *a título oneroso,* a diferencia del tercero hipotecario del 34 L.H., que sólo está protegido en las adquisiciones onerosas.

Así lo reconoce la *S.T.S. de 8 de mayo de 1982,* que estableció:

«El tercero que ha inscrito del artículo 32 de la L.H. *no precisa haber adquirido onerosamente* para ser merecedor de la protección que le dispensa ese artículo, si bien precisa por contra haber adquirido de buena fe, entendiéndose por tal no la confianza en el Registro, sino la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede

disponer de la cosa, buena fe extrarregistral que equivale a desconocimiento del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente, pues si bien la buena fe se presume no quiere decir ello que se acredite por la mera inscripción (...)».

c) El tercer adquirente del 32 L.H. no siempre es el subadquirente del artículo 34, en los términos que establecen las *S.T.S. 1-2-74, 17-10-1989 y 15-11-1989* —estudiadas con anterioridad— sino que puede ser el *primer adquirente,* esto es, parte en el título adquisitivo que debería ser nulo por no ser el transferente actual propietario y que sin embargo es protegido en base a su buena fe y diligencia en inscribir.

Esta es la interpretación que también se da al *artículo 1.473 C.C.* párrafo 2.º, a cuyo tenor:

«Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores (...) si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro».

La jurisprudencia, también aquí exige siempre que haya buena fe, pero cabalmente no se exige ser tercero respecto del título adquisitivo nulo, pues en tal caso el artículo 1.473 del C.C. no sería operativo. Este artículo, —al igual que el artículo 32 L.H.— protege al adquirente que antes haya inscrito, aunque —por haber adquirido con posterioridad— haya adquirido de quien ya no era propietario.

Así la *S.T.S. de 4 de marzo de 1988* pone de manifiesto cómo para la protección del adquirente de buena fe que primeramente inscribe, *no obsta siquiera que el primer comprador entrara en la posesión* del inmueble.

Se trataba de una entidad mercantil que había vendido un inmueble en documento privado en 1981 a una persona, y posteriormente —en 1983— vende en escritura pública a otra distinta, que inscribe en el Registro de la Propiedad. El T.S. considera que debe prevalecer la compraventa inscrita en el Registro—

«La tesis de que no se está en presencia de un supuesto de doble venta, puesto que el primer contrato de compraventa, celebrado por documento privado fue consumado por haberse realizado la entrega de la finca vendida, que por ello deviene válida, y consecuentemente que la segunda venta constatada por escritura pública no podrá ser tal, por carecer de objeto y causa, olvida que es suficiente la existencia formal de dos contratos en pugna, *sin disquisiciones en punto a su*

eficacia, para que los intereses encontrados de los compradores tengan que resolverse a tenor del artículo 1.473 C.C. Desde luego hay que partir siempre de la existencia de *buena fe* en el segundo comprador, que en este caso ha sido probada, y que constituye el substratum sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario, para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria (...)».

«(...) Por ello y en *clara protección sin remilgos del adquirente de buena fe* del titular registral, queda justificada la aplicación del artículo 1.473 del C.C. (...) habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador incrito.»

En definitiva, el *primer adquirente inscrito,* aunque no reúna los requisitos del artículo 34 L.H. —no sea subadquirente— no quedará afectado por las prohibiciones no inscritas, pues si frente a él no están protegidas las adquisiciones no inscritas, menos lo estarán circunstancias que afectan a la extensión del derecho del transferente y no al derecho mismo, circunstancias que además son por esencia *publicitarias* —como hemos defendido respecto de las prohibiciones de disponer—.

Así lo corrobora la *S.T.S. de 9 de junio de 1990* para un supuesto de inscripción constitutiva como es la *hipoteca,* al afirmar:

«Siendo en nuestro Ordenamiento jurídico el derecho real de hipoteca un derecho de constitución registral que no requiere la posesión material del inmueble gravado sino únicamente la titularidad registral del mismo, su constitución no contradice la transmisión anterior del bien hipotecado por un acto o contrato que no haya tenido acceso al Registro, sin perjuicio de los efectos que para el adquirente puedan derivarse de esa posterior constitución del derecho de hipoteca» (fundamento de derecho segundo).

En definitiva, el *principio de legitimación registral se refuerza* en sede de derechos de inscripción constitutiva (como es el carácter que se propugna de la inscripción en el Registro de las prohibiciones de disponer).

LA OPONIBILIDAD EN FIGURAS AFINES

El pacto de reserva de dominio

El pacto de reserva de dominio, carente de regulación legal en nuestro Derecho, fue pronto admitido por la jurisprudencia —sentencias de 16 de febrero de 1894, 6 de marzo de 1906, 30 de septiembre de 1914, 20 de noviembre de 1915, 14 de enero y 6 de febrero de 1929, 20 de marzo de 1930, 16 de marzo de 1932, etc.—. Podemos distinguir *tres fases sucesivas* en su delimitación jurisprudencial y legal:

I. La *S.T.S. de 10 de junio de 1958* culminó la primera fase de delimitación del citado pacto, al caracterizarlo en los siguientes términos:

«El pactum reservati dominu, por el cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta un determinado término o al verificarse un evento, las más de las veces el pago íntegro del precio que viene pagado a plazos, es generalmente admitido como válido (...).

No existe una condición que afecte a todo el contrato, pues la venta como relación obligatoria es perfecta, todo se reduce a que el traspaso de propiedad es diferido ipso iure, sin necesidad de ulterior consentimiento, a un término determinado o a la realización de un acontecimiento también determinado, permaneciendo por consiguiente el vendedor como propietario de la cosa, con la sola limitación de conceder entretanto el uso y el goce al comprador, y con la obligación personal de no transferir a otros la propiedad, por lo cual el comprador es un verdadero precarista, que no puede prescribir la cosa y si dispone de ella responde de apropiación indebida (Considerando 2.º).

(...) Mas como por otra parte la cosa se encuentra en posesión del comprador que prácticamente suele disponer con plena libertad como propietario, engañando a sus acreedores que fácilmente pueden creerlo definitivo propietario, contra el rigor de los principios, la ley debe tutelar la buena fe de aquéllos, pero dentro de ciertos límites, exigiendo una cierta publicidad, como la de que conste la cláusula por escrito que tenga fecha cierta anterior a la ejecución (Considerando tercero).

(...) El pacto de reserva de dominio, no constituye condición suspensiva del contrato de compraventa, por cuanto de él no depende el nacimiento de las obligaciones propias de la compraventa —obligación de entregar la cosa y obligación de pagar el precio—, sino de la consumación del contrato (...) viniendo a constituir simplemente una garantía del pago (Considerando quinto).»

Esta sentencia, constituye por tanto el cierre de una *primera fase de evolución jurisprudencial* en torno a la figura del pacto de reserva de dominio, de gran interés en el estudio de las prohibiciones de disponer —dada su afinidad y la confusión a veces existente en cuanto a los efectos que el citado pacto de reserva de dominio pueda tener en la facultad dispositiva del comprador y del vendedor—. Dicha primera fase puede *resumirse* en los siguientes puntos:

1.º El pacto de reserva de dominio es admitido por *no ser contrario a norma imperativa*. Así lo establece la S.T.S. 10-1-1929 a cuyo tenor «no puede decirse que el citado pacto sea prohibido por el Derecho, en atención a que la libertad de contratación de antiguo reconocida en nuestra legislación, no reconoce más valladar que la triple salvedad contenida en el artículo 1255 C.C. relativo a que lo pactado no se oponga a lo dispuesto por la ley, a los preceptos de la moral ni al orden público, por lo que no contrariando a estos severos principios el pacto de reserva dominical, es notorio que se trata de un pacto lícito en Derecho.»

2.º Es preciso un *cierto grado de publicidad* para su eficacia. El pacto de reserva de dominio, para que surta efectos frente a terceros, «exige una cierta publicidad, como la que conste la cláusula por escrito que tenga *fecha cierta anterior*» —S.T.S. 10-6-1958—. Así el supuesto de hecho que motivó la *S.T.S. 20-3-1930* consistió en un documento privado de compraventa en el que se estipuló el referido pacto de reserva de dominio mientras el comprador no pagase el precio aplazado, contrato que fue liquidado del impuesto —entonces— de Derechos Reales, lo que lleva al Tribunal Supremo a reconocer la eficacia de dicho pacto frente a los acreedores del comprador, por tener fecha fehaciente, «ya que es doctrina de la Sala que los títulos o documentos privados a que con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1227 C.C. se da validez, tienen fuerza legal como demostración de la verdad desde la fecha de la presentación en una oficina pública aun contra terceros» (Considerando cuarto).

Es importante destacar cómo ya en esta fase —aunque incipientemente— se exige la *publicidad del pacto para su oponibilidad* a quien no ha sido parte del contrato.

No obstante, la publicidad exigida en estas sentencias, es —como se ha dicho— muy incipiente, y viene impuesta más que por razones técnico-jurídicas, por la necesidad de evitar el fraude a los derechos de los acreedores del comprador.

Varios son los grados de *publicidad* que admite un negocio jurídico, como es sabido:

a) Formalización en documento privado, como mera prueba de la celebración del negocio (artículo 1.228 C.C.).

b) Formalización en documento privado liquidado del impuesto correspondiente o que reúna cualquiera de los requisitos del artículo 1.227 C.C., en cuyo caso tiene fecha fehaciente.

c) Formalización en documento público, que da fe del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha (artículo 1.218 C.C.).

d) Formalización en documento público y publicidad a través del Registro de la Propiedad, en cuyo caso existe un principio de legitimación —presunción de existencia y contenido del derecho en los términos del asiento— así como de fe pública registral —lo no inscrito no perjudica a tercero que inscribe y que confía en los pronunciamientos registrales (artículos 32 y 34 L.H.)—.

Pues bien, en una primera fase de evolución jurisprudencial, el grado de publicidad exigido a pactos como el de reserva de dominio —al igual que al de prohibición de disponer— para que perjudicasen a tercero que no ha sido parte en el contrato, fue el de mera formalización en documento privado con fecha fehaciente.

Ello suponía *confundir* la existencia de fecha fehaciente con el concepto técnico-jurídico moderno de publicidad del negocio, pues la fecha fehaciente no garantiza la validez del negocio, ni presupone que haya de ser conocido por terceros pues no existe una presunción legal de conocimiento por terceros —ni la puede haber dada la imposibilidad material de conocer tales pactos—.

Sin embargo, ello era justificable, dada la inexistencia —en sede de pacto de reserva de dominio— de un instrumento técnico de publicidad frente a terceros (que respecto de los bienes muebles nació con el *Registro de Venta de Bienes Muebles a Plazos* regulado por ley de 17-7-1965), así como por la necesidad de proteger los intereses de los acreedores del comprador que de otra forma se verían burlado. Pero —a pesar de su afinidad— este argumento no era aplicable a las propias prohibiciones de disponer, que tenían instrumento adecuado de publicidad a través del Registro de ia Propiedad sin ia cual carecen de eficacia real —como plenamente acierta a en-

tender la *S.T.S. de 12 noviembre de 1963* comentada por Amorós Guardiola[41].

3.º Los *derechos del comprador* sujeto a pacto de reserva de dominio se articulan como los de un mero precarista —precarista que no puede prescribir la cosa y si dispone de ella responde de apropiación indebida, dice la S.T.S. de 10-6-1958— mientras que el *vendedor sigue siendo el verdadero propietario* de la cosa.

Ello tenía dos graves consecuencias:

a) Los *acreedores del vendedor* gozaban de preferencia para el cobro de sus créditos incluso frente al comprador que iba cumpliendo en el pago del precio aplazado.

Este argumento se llega a utilizar hasta bien recientemente. En concreto la *S.T.S. 11 julio 1983* se plantea el siguiente supuesto de hecho: vendido en documento privado un inmueble con precio aplazado, el cual se aseguraba con pacto de reserva de dominio hasta el momento del total pago, y habiéndose iniciado el normal pago del precio aplazado a sus respectivos vencimientos, se embarga el inmueble por la Recaudación de tributos del Estado. La tercería de derecho interpuesta por el comprador es desestimada en base al siguiente argumento:

«Habida cuenta que en el momento en que se trabó por Hacienda Pública el embargo del piso de autos no se había aún satisfecho la totalidad del precio aplazado, en el momento de la traba y por virtud de la reserva de dominio pactada, ha de entenderse que la propiedad del mismo seguía correspondiendo al vendedor por todo lo cual no cabe considerar infringido el artículo 348 del C.C. procediendo en consecuencia a la desestimación —de la tercería de dominio—» (Considerando segundo).

b) El *comprador carecía de facultad alguna de disposición,* de manera que si disponía de la cosa podría incluso incurrir en apropiación indebida (S.T.S. 10-6-1958) —era un mero tenedor de la cosa— mientras que el vendedor era el verdadero propietario si bien con la *obligación personal de no transferir a otros la propiedad* —como dice la citada sentencia de 1958—.

Es decir, el comprador, al no tener el dominio del inmueble, lógicamente tampoco tendría la facultad de disposición, en tanto que el ven-

[41] Amorós Guardiola, op. citada, página 955.

dedor, que sí es propietario, se limitaría a estar sujeto a un pacto obligacional de no disponer, cuyo incumplimiento daría lugar a una indemnización de daños y perjuicios, pero sin determinar la nulidad radical del acto dispositivo, lo cual significa que no era una propia prohibición de disponer.

Esta postura era claramente *rigorista y perjudicial* para los derechos del comprador que cumplía fielmente con las obligaciones contraídas, de manera que los acreedores del vendedor podrían dirigirse contra el inmueble sin que pudiese prosperar la tercería de dominio del comprador por no ser propietario ni la de mejor derecho por no existir deuda exigible aún. Mientras tanto, el vendedor podría evitar los embargos del inmueble por deudas del comprador, ejercitando la correspondiente tercería de dominio —la cual sí posperaría por ser él verdadero propietario—.

Ello llevó a algún sector doctrinal a defender el carácter del pacto de reserva de dominio como *condición resolutoria* —resolvería erga omnes la transmisión del bien sujeto a tal cláusula— o como *prenda sin despiazamiento* —con la ventaja de evitar incurrir en la prohibición de pacto comisorio, en la medida que no determinaría la reversión del inmueble al comprador, sino que sólo provocaría la transformación en precio mediante su subasta—[42].

II. El *derecho positivo* —parco en esta materia— aun recogiendo la tesis imperante en el momento, quiso reforzar los derechos del comprador, dejando a salvo sus derechos para adquirir la propiedad mediante el pago íntegro del precio en los plazos convenidos.

Me refiero a la *Ley 483 de la Compilación Navarra* de 1-3-1973, a cuyo tenor:

«Por el pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo, y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho. El contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de transmisión de la cosa quedará diferido hasta el pago total. Mientras tanto, corresponde al comprador la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así como estarán a su cargo el riesgo y todos los gastos inherentes a aquélla; el vendedor por su parte queda obligado a no disponer de la cosa.

---

[42] Egusquiza Balmaseda, «Sobre el pacto de reserva de dominio», R.C.D.I., número 602, páginas 15 y 17.

Inscrita la venta en el Registro de la Propiedad u otro Registro, todo acto de disposición de la cosa por el vendedor será sin perjuicio del derecho del comprador.

En caso de embargo de bienes, concurso o quiebra del vendedor, quedará a salvo el derecho del comprador para adquirir la propiedad mediante pago íntegro del precio en los plazos convenidos.»

Sin embargo, dicho precepto, por no ser aplicable más que a bienes sitos en Navarra —cfr. artículo 10, párrafo 1.º C.C. y ley 10 Compilación— no impidió que se dictase una sentencia como la citada de 11-7-1983.

En todo caso *refuerza la posición del comprador con buena técnica jurídica,* al considerar el pacto de reserva de dominio como uno de los que en este trabajo hemos denominado como *esencial o vocacionalmente publicitarios,* pues parte de la base de que el comprador no tiene sino la posesión y disfrute de la cosa, siendo el vendedor verdadero propietario con pacto de no disponer; sólo mediante la inscripción del pacto quedarían a salvo los derechos del comprador para adquirirla, incluso frente a tercero. Caso de no inscripción del pacto, si el inmueble es enajenado por el vendedor a otra persona, el comprador sólo tendría derecho a indemnización de los daños y perjuicios sufridos, frente a quien no ha sido parte en el contrato.

Es decir, vislumbra que el pacto de reserva de dominio necesita como algo consustancial al mismo, *su publicidad,* aunque no llega a sancionarlo definitivamente, como hubiera sido conveniente, dejando sin efecto alguno al pacto de reserva de dominio no inscrito, esto es, haciendo constitutiva su inscripción.

La Compilación Navarra ha regulado el pacto de reserva de dominio —lo cual ya es un avance— pero ha llegado a la misma conclusión que la legislación hipotecaria respecto a las prohibiciones de disponer: considerar que son derechos que necesitan de la publicidad pero sin llegar a exigirla con carácter constitutivo; una y otras necesitan de la publicidad, pero tal publicidad no ha de ser necesariamente la registral: esto es, el pacto de reserva de dominio que goce de cierta fehaciencia será oponible a terceros no inscritos o anotantes de embargo, y sólo si es objeto de publicidad registral tendrá plena eficacia real —incluso frente a tercero que inscribe—.

Así, en caso de embargo del bien por deudas del vendedor, o concurso o quiebra del mismo, quedará a salvo el mejor derecho del comprador frente a acreedores del vendedor —así lo dice el último inciso de la citada Ley 483 navarra, aunque no lo apreciase así la citada S.T.S. 11-7-1983—.

¿Esto es así siempre o sólo cuando el pacto está inscrito? Dada la ubicación del citado pacto, esto es, después de haber regulado la Ley los efectos de la inscripción del pacto (Inscrita la venta en el Registro de la Propiedad... etc.) y dada la existencia de un «punto y aparte» parece que será así siempre —esté o no inscrito el pacto—. Es decir, los derechos del comprador deben prevalecer frente a los de los acreedores del vendedor, aunque el pacto no esté inscrito, permitiéndole adquirir la propiedad mediante el pago del precio en los plazos convenidos siempre que el pacto goce de fehaciencia (ahora veremos cómo finalmente ha sido reconocido este argumento por la jurisprudencia), pero nunca podrá perjudicar a un tercer adquirente que inscriba o adquiera algún derecho real limitado de buena fe y a título oneroso —artículo 34 L.H.—.

III. El *tercer paso en la configuración del pacto de reserva de dominio* ha venido constituido por la nueva posición jurisprudencial iniciada —todavía no consolidada ni por tanto apta como doctrina jurisprudencial a efectos de casación— con la *S.T.S. 19 mayo de 1989* sobre demanda de tercería de dominio, que ha venido a sancionar lo que —no muy claramente— establece para Navarra el último inciso de la ley 483: la preferencia del comprador en una compraventa con pacto de reserva de dominio frente a anotantes de embargo por deudas del vendedor, aunque no esté inscrito el pacto —la compraventa—, bastando un documento privado que goce de fehaciencia —cfr. artículo 1.227 C.C.—.

En dicha sentencia se planteaba la eficacia de un pacto de reserva de dominio hecha en documento privado, —«en tanto el comprador no haya satisfecho la totalidad del precio pactado»—, siendo que los compradores estaban pagando exacta y puntualmente a sus respectivos vencimientos los pagos de los correspondientes plazos. La tercería de dominio se ejercitaba frente al embargo trabado sobre los inmuebles vendidos, por deudas del vendedor.

El *considerando tercero* ante la alegación de la entidad anotante del embargo de que reconocer la preferencia de los compradores supondría una infracción del artículo 1.255 C.C. y de la Jurisprudencia contenida en las S.T.S. de 10-6-1958 y 11-7-1983, dice:

(...) Se somete a la resolución de esta Sala un único problema, cual es el de si el comprador de un inmueble a precio aplazado y con pacto de reserva de dominio a favor del vendedor hasta que quede totalmente pagado el precio, que se halla en la posesión del inmueble comprado y

que va cumpliendo exacta y puntualmente su obligación de pago en los respectivos vencimientos de los plazos estipulados, puede ejercitar la acción de tercería de dominio ante un embargo trabado antes del vencimiento de todos los referidos plazos, sobre dicho inmueble por un acreedor del vendedor (...). La solución que corresponde al enunciado problema, pese a las vacilaciones doctrinales e incluso jurisprudenciales acerca del mismo entencemos que debe ser afirmativa y ello en base a las consideraciones siguientes: a) La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con ia reivindicatoria, aunque presente analogías con ella, tiene por finalidad principal no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento dei embargo trabado sobre el mismo (...). b) Aunque carente de reguiación legal, el pacto de reserva de dominio y por virtud del cual en el contrato de compraventa el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio convenido, viene a constituir una garantía del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de *condición suspensiva* de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada. Durante el periodo de pendencia de la citada condición (...) se produce esta doble situación jurídica; por una parte y *desde el lado del comprador,* éste si bien adquiere normalmente con la posesión de la cosa el goce de ella, *carece en absoluto de poder de disposición* o facultad transmisiva (voluntaria o forzosa) de la misma a un tercero, por lo que si antes de haber completado el pago, dispone voluntariamente de ella o se ve forzado a tal transmisión (a virtud del procedimiento de apremio promovido contra él por sus propios acreedores), el vendedor, con base en el citado pacto de reserva de dominio, podrá ejercitar las acciones procedentes (reivindicatoria o tercería de dominio, según los casos) para obtener la recuperación de dicha cosa, siempre que *el principio protector de la fe pública registral* —artículo 34 L.H.— no se oponga a ello (...) y desde el *lado del vendedor,* éste, *carece igualmente de poder de disposición* o facultad de transmisión (voluntaria o forzosa) de la cosa a tercero, mientras el comprador esté dando cumplimiento a la obligación de pago (...) siendo un absurdo pretender que el adquirente con reserva de dominio que cumple con sus obligaciones pueda ser privado del bien por terceros acreedores del vendedor, y ello porque lo impedirían elementales principios de equidad, porque el cumplimiento de los contratos no se puede dejar al arbitrio de uno de los contratantes —artículo 1.256 C.C.— y sobre todo porque el ordenamiento jurídico les brinda a los acreedores para esos supuestos, ios adecuados medios de defensa —artículo 1.121 C.C.— (...) siendo el único medio de defensa de que el comprador dispone para la conservación de su derecho el

ejercicio de la tercería de dominio para el levantamiento del embargo trabado sobre la cosa, la cual no forma parte del patrimonio del vendedor apremiado, al no tener éste, como antes se ha dicho, la libre disposición de ella, sin que esto suponga desvirtuación alguna del expresado pacto de reserva de dominio, el cual solamente podrá desplegar su verdadera efectividad, en cuanto simple garantía del pago que es, cuando los compradores no cumplan su obligación de pago aplazado».

Son *aspectos positivos* de ia citada sentencia los siguientes:

a) Consolida la posición jurisprudencial favorable al ejercicio de la *tercería de dominio* por el vendedor frente a las deudas del comprador, y de éste frente a acreedores del vendedor —distinguiendo claramente acción reivindicatoria de la tercería de dominio, sin decir como hacía la S.T.S. de 26 mayo 1930 «que las demandas de tercería de dominio suponen el ejercicio de la acción reivindicatoria (...) y como tal, para su éxito, han de justificarse los requisitos que la jurisprudencia tiene señalados, como es el de dominio por medio de un legítimo título que lo acredite»— y suavizando, por tanto, la posibilidad de su ejercicio —en especial por el comprador—.

b) Distingue entre *comprador que cumple* con su obligación de pago, de quien no lo hace, permitiendo a aquél ejercitar con éxito la tercería de dominio frente a acreedores del vendedor. En esto cambia radicalmente la posición que sostuvo la S.T.S. 11-7-1983.

c) Sobre todo apunta la moderna técnica de la *oponibilidad a través de la publicidad,* entendida ésta como publicidad registral, permitiendo al vendedor ejercitar sus derechos derivados del pacto de reserva de domino «siempre que el principio protector de la fe pública registral —artículo 34 L.H.— no se oponga a ello». Con ello se consolida la tendencia a abandonar definitivamente la primitiva concepción de la oponibilidad del pacto, que se ligaba a la existencia de fecha fehaciente de documento —S.T.S. 20-3-1930—, advirtiendo que el pacto no inscrito carece de efectos frente a tercero que adquiere confiando en el Registro e inscribe su título.

Son por el contrario *aspectos negativos:*

a) Que *excluye tanto en el comprador como en el vendedor la facultad de disposición,* al señalar que el comprador carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva (voluntaria o forzosa) de la misma a un tercero y que igualmente el vendedor carece de poder de disposición o facultad de transmisión (voluntaria o forzosa) de ia

cosa a tercero mientras el comprador esté dando cumplimiento a la obligación de pago aplazado (llegando a decir que la cosa no forma parte del patrimonio del vendedor apremiado).

Es cierto que el comprador carece de la facultad de disposición, puesto que al estar privado del dominio en virtud del pacto, menos puede tener la facultad de disposición inherente al mismo. Si vende, el acto será radicalmente nulo por falta de poder de disposición, ni siquiera con consentimiento del vendedor, a menos que su intervención tenga como finalidad rescindir el pacto o transmitir el dominio al comprador —cfr. S.T.S. 20-11-1974—.

Por eso no es correcto decir —como hace la sentencia— que en caso de enajenación por el comprador corresponde al vendedor la acción de tercería de dominio: lo procedente es una *acción de nulidad* del acto dispositivo realizado por el comprador.

Y tampoco es correcto afirmar que el *vendedor carezca de poder de disposición.* El derecho de dominio le corresponde a él y por tanto, la facultad de disposición.

Tampoco es que exista —como pretende la estudiada S.T.S. 10-6-1958 y la ley 483 de la Compilación Navarra— un *compromiso obligacional de no disponer* cuyo incumplimiento no afecta a la validez del acto dispositivo, determinando únicamente la indemnización de los daños causados al comprador.

Lo correcto es entender que el vendedor que se reservó el dominio, tiene facultad y legitimación para disponer, puesto que conserva el dominio, pero que está *gravado con una prohibición de disponer* —de origen convencional mientras no se regule legalmente de una manera expresa— que se establece para proteger los derechos del comprador que va pagando los plazos. Tal prohibición determinará la nulidad radical del acto dispositivo realizado por el vendedor, si bien tan sólo tendrá plena eficacia si el pacto está inscrito, pues de lo contrario —dado su carácter esencialmente publicitario— no perjudicará a tercero hipotecario (aunque sí como hemos visto, quedarán perjudicados los meros anotantes de embargo por deudas del vendedor si el pacto o mejor dicho la compraventa con tal pacto —pese a no estar inscrita— goza de fehaciencia).

b) Precisamente la sentencia —tan sólo lo afronta incidentalmente— no afirma con rotundidad esto último, es decir, que *sólo por la inscripción despliega propiamente su eficacia el referido pacto,* pues sólo tiene eficacia real si está inscrito. Incluso —aunque esto sólo puede hacerse por vía legislativa, como sería lo deseable— debería sancionarse el

carácter constitutivo de la inscripción de tai pacto (al igual que ias prohibiciones de disponer —pues además implican realmente una prohibición de disponer por parte del vendedor—) de manera que el pacto de reserva de dominio estipulado en una compraventa, no inscrito, careciera en absoluto de efectos.

En todo caso llegamos por vía jurisprudencial, a la misma conclusión que se obtuvo al estudiar la ley 483 Navarra: que *sólo tiene eficacia real el pacto de reserva de dominio si está inscrito,* de manera que si no lo está y el vendedor no respeta la venta, enajenando a un tercero el inmueble, la segunda venta será válida y sólo tendrá derecho el comprador a que se le indemnicen los daños y perjuicios —efecto derivado del enriquecimiento injusto más que de los efectos del incumplimiento de una obligación—; en tanto que *si se inscribe el pacto* —la compraventa con el pacto— quedará siempre a salvo el derecho del comprador a adquirir el inmueble con preferencia al segundo adquirente, o mejor dicho, dicha segunda venta será radicalmente nula.

Y si es el comprador el que —a pesar de carecer de facultad de disposición— enajena el inmueble, la venta será *nula* por falta de poder de disposición, pero si la compraventa se ha inscrito sin dicho pacto —que por ejemplo se hace constar en documento privado— la declaración de nulidad de la posterior venta que a su vez hace el comprador, no será oponible frente al tercero que inscribe su título —protección de la fe pública registral—. Ahora bien, si el pacto no está inscrito y el tercero tampoco inscribe su título, el vendedor podrá instar ia nulidad de la enajenación efectuada por el comprador o ejercitar la acción reivindicatoria, siempre que el pacto goce de una cierta publicidad, como es la fecha fehaciente —subsistiendo a estos limitados efectos a concepción primitiva de la jurisprudencia sobre la oponibilidad—.

Esto es lo que dice la citada S.T.S. 19-5-1989, cuando —como vimos— señala que el comprador carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva (voluntaria o forzosa) de la cosa a un tercero, por lo que si antes de haber completado el pago dispone voluntariamente de ella o se ve forzado a la transmisión, el vendedor podrá ejercitar las acciones reivindicatoria o de tercería de dominio, siempre que el principio protector de la fe pública registral no se lo impida —artículo 34 L.H.—. Es decir, siempre queda a salvo el derecho dei adquirente de buena fe que adquiere a título oneroso e inscribe su derecho, de quien en el Registro resultaba estar facultado —aparentemente— para transmitir —pues no constaba inscrito el pacto—. E incluso del que no adquiere a título oneroso pero inscribe (artículo 32 L.H.).

En todo caso, dado que la *anotación del embargo* no constituye un verdadero derecho real, no goza de las garantías del sistema, de manera que el anotante de embargo no puede alegar la fe pública registral en su aspecto positivo —sino tan sólo en su aspecto negativo, para evitar que surja un tercero protegido—. Esto es, no puede pretender que el derecho anotado existe en la forma que publica el asiento, de manera que si se embarga el derecho del comprador o del vendedor y no está inscrita la venta con pacto de reserva de dominio, quedará siempre a salvo bien el derecho del vendedor a interponer tercería de dominio frente a los acreedores del comprador, bien el derecho del comprador a interponer tercería de derecho frente a los acreedores del vendedor. Así resulta de los artículos 44 L.H. en relación con el 1.923 C.C. que sólo conceden preferencia a los créditos anotados frente a créditos posteriores, pero dejando a salvo la preferencia de los créditos y adquisiciones que tengan fecha fehaciente anterior[43].

Ello se armoniza con la doctrina jurisprudencial que permite al comprador adquirir la propiedad mediante el pago íntegro de los plazos deferidos, a pesar del embargo del inmueble por deudas del vendedor y aunque la venta con reserva de dominio no esté inscrita.

Todo lo dicho, que nos ha servido para perfilar el pacto de reserva de dominio y sus relaciones con la facultad de disposición de un derecho, nos lleva a conclusiones importantes con relación a las *prohibiciones de disponer:*

1.º Que el referido pacto de reserva de dominio es *inscribible* en el Registro de la Propiedad —como condición suspensiva afectante a la consumación de la compraventa (artículo 23 L.H.)—, sin cuya inscripción —al igual que las prohibiciones de disponer— carece de eficacia real o frente a terceros inscritos, aunque sí frente a terceros no inscritos siempre que goce de algún tipo de publicidad aunque no sea la registral —salvo en Navarra en que el pacto de reserva de dominio no inscrito da lugar a un mero compromiso obligacional de no disponer—.

2.º Que tiene —al igual que las prohibiciones de disponer— una *finalidad de garantía.*

3.º Que no obstante se diferencian porque el pacto de reserva de dominio tiene *siempre origen convencional* en tanto que las prohibiciones

[43] Gómez Gálligo, «Anotaciones de embargo y principio de prioridad», B.C.N.R., 1988, página 1.904.

de disponer pueden establecerse por vía convencional, legal o procesal. Además la privación de la facultad de disposición que el pacto de reserva de dominio conlleva, es de carácter institucional respecto del comprador y un compromiso obiigacional de no vender respecto del vendedor.

Ya veremos más adelante cómo lo que precisamente propugnamos es que ei pacto de reserva de dominio se complemente con una propia prohibición de disponer impuesta al vendedor, para asegurar la posición del comprador que está al corriente del pago del precio aplazado.

4.º Que no excluyen la posibilidad de *anotaciones de embargo* sobre los inmuebles, si bien en el pacto de reserva de dominio queda a salvo el ejercicio de las correspondientes tercerías de dominio, si se ha embargado el bien por deudas de la otra parte, a diferencia de la prohibición de disponer impuesta al adquirente, que no impide la ejecución, como veremos posteriormente (R.D.G.R.N. de 22 febrero de 1989).

5.º Que el pacto de reserva de dominio, —aunque no excluye la facultad de disposición del vendedor salvo que se configure además una prohibición de disponer impuesta ai vendedor—, sí la excluye del comprador, pudiendo parecer redundancia inútil establecer al mismo tiempo al comprador la reserva de dominio y una prohibición de disponer, pues si no están inscritas el comprador puede disponer eficazmente frente a tercero, y si se acude a la Inscripción, bastará que esté inscrita una de ellas para que el acto disposiivo realizado por el comprador sea radicalmente nulo —por eso la ley y la ordenanza de venta de bienes muebles a plazos admiten la inscripción de las ventas a plazos de bienes muebles en las que figure el pacto de reserva de dominio o de prohibición de disponer (artículo 2 O.V.A. 15-11-1982).

Sin embargo, la reserva de dominio sí añade algo más a la prohibición de disponer, pues —como vimos— el comprador sujeto a reserva carece en absoluto de facultd de disposición, mientras que —como se estudiará más adelante— el sometido a una prohibición impuesta en acto a título oneroso —aunque no puede enajenar voluntariamente bajo sanción de nulidad absoluta— sí puede ser objeto de ejecución (artículo 1.911 C.C.).

Además como se ha dicho, en materia inmobiliaria, ia prohibición de disponer que verdaderamente tiene justificación es la que pueda *imponerse al vendedor* —como veremos al estudiar las prohibiciones voluntarias en actos a tituio oneroso—.

6.º Que la *oponibilidad* de los referidos pactos de reserva de dominio y prohibición de disponer, viene dada por la moderna concepción de la *publicidad registral* sin la cual el pacto es ineficaz frente a tercero que inscribe, quedando reducida la concepción primitiva de la oponibilidad derivada de fecha fehaciente a los reducidos supuestos de conflicto entre los derechos del favorecido por el pacto y el tercero acreedor o adquirente no inscrito —esto es adquirentes de derechos no protegidos por el sistema inmobiliario—.

7.º Que *no parece existir razón para la exclusión de las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso,* que establece el artículo 27 L.H., dada la gran afinidad entre las mismas y el pacto de reserva de domino —desde el punto de vista de su oponibilidad y de su eficacia—, el cual está sin embargo plenamente admitido por la doctrina y la jurisprudencia. No cabe alegar el principio de libertad de dominio y desvinculación o desamortización de los inmuebles para descartar las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso, pues en el pacto de reserva de dominio también se establece una vinculación del bien (prohibición convencional desde el lado del vendedor, carencia institucional de facultad de disposición desde el lado del comprador) y no cabe duda de que la compraventa es acto a título oneroso.

Nosotros sin embargo, sólo admitiremos tales prohibiciones de disponer en actos a título oneroso en los supuestos excepcionales que estén justificados, como veremos en el capítulo correspondiente.

8.º La admisión que se propugna de las prohibiciones de disponer en negocios onerosos debe ser *temporal,* es decir, con fijación de un plazo de vigencia de las mismas, transcurrido el cual dejan de tener eficacia real —criterio admitido por la Ley 482 Navarra que fija un plazo de dos años—.

Pero es que esto mismo debe regir para el pacto de reserva de dominio en la compraventa —lo cual no ha sido suficientemente destacado por la doctrina ni por la jurisprudencia—, pacto que tampoco puede ser indefinido y dejado al arbitrio del comprador —artículo 1.256 C.C.— porque además de fraudulento para los derechos de los acreedores, crearía una vinculación del bien no admitida por nuestro Derecho.

9.º Que en todo caso se echa de menos una regulación legal del pacto, no sólo por la *indeterminación* estudiada respecto de los derechos del comprador en caso de embargo del inmueble por deudas del vendedor, sino también por la indeterminación de la situación jurídica del

vendedor, al cual deben restringirse las facultades de disposición para no perjudicar al comprador que paga los plazos (prohibición de disponer voluntaria o legal).

Y es que además de falta de regulación legal genera desconcierto en otros aspectos de su situación jurídica, como pueda ser la posibilidad o no de ejercitar *otras facultades dominicales* —distintas de la disposición que ya vemos debe privársele— como pueda ser el *derecho de retracto de comuneros.*

En efecto, la interpretación restrictiva de los derechos del vendedor ha llevado a la *S.T.S. de 11 de marzo de 1991* a considerar que el copropietario que vende su porción indivisa en el inmueble con pacto de reserva de dominio, carece de la acción de retracto de comuneros, dada su intención de romper su vinculación con la comunidad —argumento de poco peso que se evitaría con una reglamentación positiva del pacto—.

El pacto de reserva de dominio en el arrendamiento financiero o leasing inmobiliario

Por «leasing» inmobiliario se entiende el arrendamiento de un inmueble con derecho de opción de compra a favor del arrendamiento a la finalización del contrato.

Su inscribibilidad viene admitida por el *artículo 14, párrafo 2.º R.H.* que —tras regular los requisitos para la inscripción de la opción de compra— establece:

«En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.»

La disposición adicional 7.ª de la *Ley de 29-7-1988* sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, lo define así:

«Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de los muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación (...) los bienes objeto de cesión deberán quedar afectos por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario.»

Su *naturaleza jurídica* ha sido muy discutida (contrato atípico, contrato mixto de arrendamiento y opción, venta a plazos de inmuebles, etc.), interesándonos, a los efectos de nuestro estudio, averiguar las diferencias que pueda tener con la *venta a plazos con pacto de reserva de dominio* así como los efectos que pueda tener respecto de terceros.

En efecto, el contrato de leasing inmobiliario tiene muy distintos efectos según que se considere un mero arrendamiento o una venta, pues en el primero de los supuestos el bien seguirá siendo propiedad del arrendador y no así en el segundo, el bien responderá por deudas del arrendador en el primer caso y del deudor en el segundo, el riesgo será del arrendador en el primer caso y del comprador en el segundo.

En este sentido la *S.T.S. de 28 de mayo de 1990* ha puesto de manifiesto claramente cuándo existe un contrato de arrendamiento financiero y cuándo una venta a plazos.

En el caso de autos se considera que existe una venta a plazos y en consecuencia se rechaza una tercería de dominio interpuesta por la entidad cedente frente al embargo trabado por Hacienda por deudas del cesionario, en base a los siguientes razonamientos:

«Siendo distinta la finalidad económica perseguida con el arrendamiento financiero y la venta a plazos, su indudable semejanza facilita la utilización de la primera de las formas negociales para ocultar una verdadera venta a fin de obtener las ventajas financieras y fiscales de aquélla, por lo que la calificación habrá de tener en cuenta no sólo las estipulaciones formalmente establecidas sino también la real intención de los contratantes (...) y en este sentido surge de forma patente la verdadera voluntad de los contratantes de celebrar una compraventa a plazos con la natural transmisión por Iberleasing, S. A. y la correlativa adquisición de Premacho, S. A. de la propiedad (...) dado que el valor residual pactado ha de conceptuarse de insignificante o simbólico, circunstancia esta que de acuerdo con la doctrina mayoritaria permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa (...).»

En el caso de autos la existencia de la compraventa se revelaba además por haber firmado el adquirente desde el principio una letra por el valor residual.

Ahora bien ¿qué pasa si se hubiera estipulado una reserva de dominio por el cedente o una prohibición de disponer al adquirente?

En el primer caso —*reserva de dominio*— además de reafirmar (como ocurría en el supuesto de autos) la existencia de una venta a

plazos y no un arrrendamiento financiero, no tendría virtualidad para ejercitar la tercería de dominio sino en el caso de que estuviera inscrito. Así lo pone de manifiesto la citada sentencia:

«Aun en el supuesto de que el contrato de compraventa fue acompañado de un pacto de reserva de dominio de los bienes vendidos a favor del vendedor, tal pacto *al no haber tenido acceso a un Registro público es inoponible a terceros,* en virtud del principio de relatividad de los contratos explicitado en el artículo 1.257 C.C.».

En el segundo caso —*prohibición de disponer* impuesta al adquirente— la calificación del contrato habría de inclinarse igualmente por la venta a plazos, en la medida que tal estipulación carecería de sentido en un verdadero contrato de arrendamiento financiero, pues el arrendatario carece de facultad dispositiva hasta el ejercicio de la opción de compra.

Igualmente señala la *S.T.S. de 30 de abril de 1991* como no existe arrendamiento financiero sino compraventa a plazos en los supuestos en los que tan sólo existen dos partes, ya que según la citada sentencia:

«El contrato de leasing requiere la intervención de tres personas, una el que suministra el bien a que afecta, otra el que haciéndose cargo del mismo dispone de él en favor de un tercero, a quien financia a efectos del pago al suministrador mediante una modalidad arrendaticia con facultad de opción o continuidad del vínculo arrendaticio del que lo adquiere, y éste» por lo que si falta el financiador no existirá leasing y sí compraventa a plazos.

Aun en el caso de que se optara por venta a plazos y se hubiera pactado una reserva de dominio, la prohibición de disponer carecería de efectos respecto de terceros, pues no sería inscribible conforme al artículo 27 L.H.

Posteriormente se verá cómo son defendibles ciertos supuestos de contratos onerosos en los que se defiende la posibilidad de admisión de prohibiciones de disponer, pero en ningún caso estaría incluida la impuesta al comprador en garantía de precio aplazado en la compraventa, ni siquiera aunque se la disfrace de arrendamiento financiero, en la medida que coarta el principio de tráfico jurídico sin razón económico jurídica.

CAPITULO SEGUNDO

CLASES DE PROHIBICIONES DE DISPONER

De las distintas clasificaciones recogidas por la doctrina, sólo tiene sanción legal la que distingue entre prohibiciones legales, procesales y voluntarias.

Establece en efecto el *artículo 26 L.H.* lo siguiente:

«Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:

1.º Las establecidas por la ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio.

2.º Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva.

3.º Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez».

Es decir, que mientras las prohibiciones legales no son inscribibles por estimarse que gozan ya de suficiente publicidad a través de la ley —cfr. artículo 6.º, párrafo 1.º C.C.—, las impuestas voluntariamente por el testador o donante deben estar inscritas para que tengan eficacia erga omnes —en definitiva, para que sean propias prohibiciones de disponer—, al igual que las prohibiciones judiciales y administrativas, si bien éstas (dada su finalidad cautelar y su naturaleza provisional) acceden al Registro por vía de anotación preventiva.

PROHIBICIONES LEGALES

Las prohibiciones legales, al conformar el ámbito normal del derecho de dominio, no son inscribibles.

El principio general de que lo que es objeto de publicidad registral no es el contenido normal de la propiedad sino sus restricciones viene sancionado por la jurisprudencia registral, al establecer en la *R.D.G.R.N. de 1 de agosto de 1959* que la propiedad es naturalmente libre, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, y lo que interesa registralmente no es definir su contenido sino las restricciones que le afecten. No serían así inscribibles las facultades normales del derecho de propiedad —en el caso en cuestión se pretendía hacer contar que el balcón de una casa no constituía servidumbre de vistas sobre el fundo colindante— ni de todo aquello que sea inoperante por no alterar el modo de ser normal del derecho de propiedad.

Este principio sin embargo, no es absoluto. Así puede ser muy conveniente que accedan al Registro ciertas limitaciones legales, que por su trascendencia, deben ser conocidas en concreto y en relación a la finca, por el adquirente. Me refiero en especial a las derivadas de la legislación urbanística, a las que luego nos referiremos al hablar de las limitaciones legales del dominio.

En todo caso, el artículo 26 L.H. no excluye la inscripción de las prohibiciones legales sino que se limita a decir «que no será necesaria» su inscripción, al presumirse su conocimiento general.

Podemos destacar como *supuestos de prohibiciones legales* los siguientes.

I. El pacto de sobrevivencia en Cataluña

Dispone el artículo 61 Compilación Catalana:

«Los cónyuges que en régimen económico de separación compren bienes conjuntamente y por cuotas iguales, podrán pactar entre sí, en el propio título de adquisición, que al fallecimiento de uno de ellos, el sobreviviente haga suya la totalidad. Este pacto de sobrevivencia no podrá estipularse cuando los cónyuges hayan otorgado heredamiento a favor de los contratayentes o heredamiento puro a favor de sus hijos.

En los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia, la adquisición de la participación del premuerto se computará

en la herencia de éste a efectos de cálculo de la legítima y se imputará en pago a cuenta de la cuarta vidual.»

Y a su vez dispone el artículo 62 lo siguiente:

«Los bienes adquiridos con este pacto, mientras vivan ambos cónyuges, se regiran por las siguientes normas:

1.º No podrán ser enajenados ni gravados si no es por acuerdo de ambos.

2.º Ninguno de los cónyuges podrá transmitir a tercera persona su derecho sobre la cosa comprada.

3.º Deberá necesariamente mantenerse la indivisión de la cosa adquirida.

Sólo será eficaz la renuncia a los derechos que sobre la cosa comprada puedan corresponder al comprador sobreviviente, si hubiera sido convenida por ambos cónyuges recíprocamente, o cuando premuerto uno de los cónyuges, renuncie el que sobreviva.

En caso de nulidad, separación judicial o divorcio, el pacto de sobrevivencia devendrá ineficaz y los bienes mencionados serán de titularidad de ambos por mitades indivisas, salvo que se establezca otra cosa por convenio.»

¿Constituye este pacto una prohibición de disponer de su mitad indivisa por cada cónyuge?

La respuesta a ello vendrá dada por la *naturaleza* que se atribuya al citado pacto.

La doctrina discurre entre las siguientes posturas:

a) Donación mortis causa. Se trataría de una donación entre cónyuges con efectos mortis causa, dado que su efecto no se produciría hasta la muerte de uno de los cónyuges (Porcioles y Colomes)[1].

b) Fideicomiso condicional entre cónyuges, siendo el cónyuge sobreviviente fideicomisario de la mitad corrrespondiente al cónyuge fallecido (Vallet de Goytisolo)[2].

---

[1] «Regim economic familiar al Baix Urgell i Segria».

[2] «Las compraventas por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia», página 709 y ss.

c) Sucesión contractual de herederos, similar al heredamiento mutual entre cónyuges sometidos al Derecho Civil Catalán (Calvo Soriano)[3].

d) Dualidad de negocios, uno integrado por la compraventa y otra por el pacto aleatorio y oneroso de la sobrevivencia (O'Callaghan Muñoz)[4].

e) Negocio unitario de configuración de la titularidad de los adquirentes como titularidad en mano común (Puig Ferriol-Roca Trías)[5] e Ysas Solanes[6].

Esta última teoría, que parece ser la más admitida, supone reconocer que el régimen económico matrimonial de separación de bienes, no rige respecto del mismo bien adquirido, con relación al cual los cónyuges compradores ostentarían una titularidad germánica o en mano común, lo que significaría que el bien es de los dos sin determinación de cuotas entre ellos y —consiguientemente— sin posibilidad de enajenación del derecho de un cónyuge sobre el bien sin consentimiento del otro.

Como señala Ysas Solanes[7], —siguiendo esta teoría—, el pacto de sobrevivencia, aunque aparentemente implicase una prohibición de disponer legal, no lo sería en realidad, de manera que el artículo 62 de la Compilación lo único que hace es recordar que nadie puede transmitir lo que no tiene y los cónyuges no tienen la titularidad individual de la totalidad del bien ni de parte del mismo —aunque en caso de transmisión el efecto sería igualmente de nulidad, aunque sin determinar la nulidad del pacto en sí que seguiría vigente—.

f) A mi entender la configuración del pacto de sobrevivencia como modificación en titularidad germánica de la propiedad del inmueble adquirido, no explica suficientemente el que la Compilación reconozca la adquisición de una mitad indivisa por cada cónyuge —al exigir que los cónyuges deben comprar por cuotas iguales y al regular los efectos del pacto sobre el «derecho» o «participación» de cada cónyuge (cfr. artículo 61 Compilación)— ni tampoco explica que la propia jurisprudencia, como luego veremos al hablar de su embargo, permita que sea

---

[3] «Adquisiciones con pacto de sobrevivencia», página 361.
[4] O'Callaghan, «Comentarios al C.C.», tomo XXVII, página 77.
[5] Puig Ferriol, «Fundamentos», T. II, página 202.
[6] Isas Solanes, «La llei», abril 1991, página 6.
[7] Isas Solanes, op. citado, página 7.

objeto de traba la mitad indivisa de cada cónyuge —aunque dejando a salvo la expectativa del otro cónyuge—. Si hubiera verdadera comunidad germánica no se hablaría de mitades indivisas por cada cónyuge y el objeto del embargo debería ser la totalidad del bien con demanda a ambos cónyuges o demanda al cónyuge deudor con notificación al otro (analogía artículo 144 R.H.).

Además la jurisprudencia registral, a salvo las adquisiciones por cónyuges en sistema de gananciales o similares —interpretados por la doctrina como propios sistemas de comunidad germánica— no es favorable a su admisión. Así la *R.D.G.R.N. de 26-12-1946* considera que la figura del dominio solidario constituye una figura sin entronque en nuestro ordenamiento legal (más aún —podría añadirse— en un sistema como el catalán de honda influencia por el Derecho Romano).

Tampoco serían admisibles las teorías que lo configuran como un negocio unitario —en la medida que el pacto carece en absoluto de efectos frente al vendedor del inmueble—, ni la teoría de la donación mortis causa —lo excluye el carácter irrevocable del pacto salvo renuncia de ambos cónyuges—, ni la teoría de la institución contractual de heredero sobre el bien en cuestión —dado el emplazamiento de la regulación del pacto en la Compilación dentro del régimen económico conyugal y el hecho de que nada se estipule sobre llamamientos hereditarios sobre el patrimonio que una persona deje al morir, sino que se atribuyen derechos sobre un bien concreto ya existente aunque su efectividad quede supeditada a la muerte del disponente, lo que excluye que se pueda hablar de institución contractual de heredero (cfr. *R.D.G.R.N. de 21-1-1991* que excluye que exista contrato sobre herencia futura en la atribución a un derecho de usufructo del carácter conjunto y sucesivo entre dos cónyuges)— ni tampoco sería correcta la teoría de la sustitución fideicomisaria condicional —dado el origen testamentario de la sustitución que aquí hemos negado para el pacto de sobrevivencia—.

A mi juicio se trata de una donación inter vivos condicional y con causa onerosa de la mitad indivisa de cada cónyuge en favor del otro sujeta a una prohibición legal de disponer —para el caso de que convencionalmente se estipule el pacto—. Es decir:

a) Se trata de una donación inter-vivos en la medida que existe una atribución actual de derechos de un cónyuge en favor del otro.

b) La donación recae sobre la mitad indivisa de cada cónyuge en favor del otro.

c) Dicha atribución está condicionada en su efectividad a la muerte del cónyuge donante y sobrevivencia del cónyuge donatario. Cada cónyuge tiene así la propiedad de una mitad indivisa sujeta a condición suspensiva, y una expectativa sobre la otra mitad indivisa que él compró y ha donado al otro cónyuge (la expectativa de que no se cumpla la condición suspensiva de la que depende la atribución al otro cónyuge).

d) El hecho de que la donación tenga una recíproca correspectividad —está motivada por la donación que a su vez hace el otro cónyuge— aunque no excluye totalmente su causa de liberalidad, sí la convierte en donación onerosa sujeta a las reglas de los contratos (artículo 622 C.C.) lo que explicaría que pudieran hacerse en escritura de compraventa, esto es, sin cumplir con el requisito de forma —escritura de donación— exigido por el artículo 633 C.C. y que puedan ser embargados sus derechos pese a la existencia de la prohibición de disponer. Igualmente explicaría la irrevocabilidad del pacto y la imposibilidad de desistimiento unilateral, que no se explican por la teoría de modificación del régimen de separación de bienes en uno de mano común —dada la posibilidad de modificación del régimen económico matrimonial después del matrimonio según el artículo 1326 C.C.—

e) No se modifica el régimen económico matrimonial de separación de bienes, ni se excluye una titularidad concreta sobre el inmueble, si bien dicha donación está sujeta, por voluntad de las partes que se acogen a esta posibilidad, a las normas del artículo 62 de la Compilación, es decir a la prohibición legal de disposición de su derecho a un tercero —de manera que no se podrá enajenar el inmueble si no es con consentimiento de ambos— y a la prohibición de ejercicio de la acción de división, que son impuestas por la ley precisamente para asegurar el disfrute del bien por los cónyuges, sin ingerencia de un tercero. El que la prohibición se imponga en un acto con causa mixta —onerosa y gratuita— constituye una excepción al régimen general de exclusión en todo caso de las prohibiciones en actos a título oneroso del artículo 27 L.H. y es un argumento más en la defensa de la posibilidad de tales prohibiciones en actos onerosos cuando existente una razón justa que las ampara —como se defiende en este trabajo—.

Esta teoría sobre su naturaleza explica:

1. Que cada cónyuge tenga una mitad indivisa y el derecho expectante sobre la otra —como veremos embargables—.

2. Que la participación del premuerto se computa en la herencia a efectos de cálculo de la legítima —como toda donación colacionable—.

3. Que fiscalmente se liquide como donación.

4. Que no sea donación mortis causa, en la medida que no es revocable, ya que para que exista donación mortis causa —como pone de relieve la *R.D.G.R.N. de 21-1-1991* en base a las *S.T.S. de 7-1-1975* y otras— es preciso que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona (y ya hemos defendido cómo en el caso del pacto de sobrevivencia sí se pierde).

Precisamente la *R.D.G.R.N. de 19-5-1917* ya había descartado que se tratase de donación mortis causa, entre otras razones, porque el donatario tenía la «posesión simultánea de la finca y por la creación de un derecho real irrevocable» a su favor.

Pero es que precisamente esto es lo que justifica que exista donación inter-vivos, en la medida que existe «un desprendimiento actual e irrevocable de derechos, aunque se convenga que sólo puedan hacerse plenamente efectivos a la muerte del disponente» (*R.D.G.R.N. de 21-1-1991* dictada en un supuesto de usufructo ganancial y sucesivo a favor del cónyuge sobreviviente).

5. El único inconveniente de esta concepción, es que en rigor los embargos por deudas de uno de los cónyuges sobre su participación —aunque susceptibles de anotación entretanto— no podrían ser ejecutados hasta que la prohibición de disponer se cancelase por cumplimiento de la condición (cfr. *R.D.G.R.N. de 23-10-1980* que en base a la finalidad cautelar del Registro permitió la anotación del embargo sobre una finca sujeta a prohibición de enajenar, «sin perjuicio de que quede sujeta a las limitaciones existentes mientras subsistan»). Pero dicho inconveniente —dada la orientación jurisprudencial favorable a la posibilidad de embargo y ejecución de la mitad del cónyuge deudor y de su expectativa sobre la otra mitad para evitar fraude a los derechos del acreedor— se salva si se interpreta la prohibición de disponer como excluyente sólo de las *enajenaciones voluntarias* de los cónyuges sobre su mitad indivisa, pero no de las enajenaciones forzosas, dado que al tratarse de una donación onerosa no se podría eludir el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 C.C. (así lo confirma la *R.D.G.R.N. de 22-2-1989* que se estudiará posteriormente).

En efecto —como defenderemos más adelante— las prohibiciones de disponer derivadas de actos a título oneroso —supuesta su admisión— no deben impedir las enajenaciones forzosas, a diferencia de las derivadas de actos gratuitos, basadas en el principio de que la

mera liberalidad del otorgante es la que determina la extensión del derecho transmitido (artículos 675, 1274 y 1289 C.C.).

Sin embargo, la teoría de la comunidad germánica tiene respaldo en la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14-6-1990,* que se plantea toda la problemática —no regulada en la Compilación— de la posibilidad o no de embargo de los derechos de los cónyuges sobre el bien comprado con pacto de sobrevivencia, por deudas de uno sólo de los cónyuges. Dicha sentencia —sintetizada— realiza las siguientes afirmaciones:

1. Los bienes comprados con pacto de sobrevivencia no son disponibles por su propia naturaleza hasta que se produzca la condición a la que están sometidos —sobrevivencia de uno de los cónyuges— por lo que tales bienes no se pueden ceder a terceros sino es con el consentimiento de ambos y cada cónyuge no puede enajenar, gravar o renunciar a su derecho ni pedir la división de ia comunidad.

2. A tal efecto los bienes se hallan incluidos en una comunidad germánica sin cuotas, en que todo es de todos, sin saber a quien pertenecerán los bienes.

3. La venta que se verificase a un tercero sobre la mitad indivisa, sería nula de pleno derecho.

4. Son *requisitos* necesarios para ia existencia del pacto que los compradores sean cónyuges sometidos al derecho civil catalán, que tengan régimen de separación de bienes —lo que excluye según Encarna Roca el pacto en el sistema de asociación a compras y mejoras de Tarragona, y en el «agermanament» de Tortosa[8]—, que la compra se haya efectuado conjuntamente y por partes iguales, que se formalice el pacto en el título de adquisición y que no exista heredamiento mutual o puro a favor de los hijos —que pudiera verse burlado—.

5. Que no cabe duda de la *posibilidad de embargo* de los bienes así adquiridos —como ya reconoció la *R.D.G.R.N. de 24-4-1918*— por las deudas privativas de uno de los cónyuges (ninguna duda se plantea si son comunes o en interés de la familia) aunque respetando el derecho del otro cónyuge en base a la regla de que sólo es susceptible de traba aquello que forma parte del patrimonio del ejecutado.

6. Por eso en caso de embargo, debe embargarse la mitad indivisa perteneciente al cónyuge ejecutado y su derecho expectante a la otra

[8] Encarna Roca, op. citado, página 205.

mitad, pero el adjudicatario que adquiere la titularidad de ambos no puede ejercitar la acción de división de la comunidad, de manera que si —producido el evento de la muerte de uno de los cónyuges— el sobreviviente es el no deudor, el adjudicatario pierde todo derecho sobre la cosa; en tanto que si el sobreviviente es el deudor, el adjudicatario pasará a ser propietario en exclusiva del bien.

Con ello se aparta la jurisprudencia de la *R.D.G.R.N. de 29-12-1977* que había optado por la posibilidad de embargo de la mitad indivisa del cónyuge deudor y su realización en vía de apremio, de forma que al consumarse la adjudicación —e introducirse un tercero en la comunidad— se produciría la extinción del pacto de sobrevivencia.

En todo caso —desde el plano registral—, siguiendo la nueva posición jurisprudencial del T.S.J.C. (no cabe olvidar que los Tribunales Superiores de Justicia son ahora la última instancia en los recursos contra la calificación registral en materia de derecho civil foral) lo que debe ser objeto de anotación de embargo es la mitad indivisa del cónyuge deudor y el derecho expectante sobre la otra mitad, de manera que si el mandamiento de embargo se limita a la mitad indivisa del ejecutado, el Registrador actuará correctamente —como en el supuesto de la sentencia— si practica la anotación dejando a salvo los derechos que sobre dicha mitad corresponden al otro cónyuge.

Además, dadas las respectivas expectativas de derechos que cada cónyuge tiene en la mitad indivisa del otro, será preciso demandar a ambos cónyuges o al menos notificar la demanda al otro cónyuge, produciéndose, en caso contrario, como señala la *S.T.S. de 23-2-1971* una infracción de un *litis consorcio pasivo necesario* pues «es evidente que debió demandarse a todos los propietarios de la finca y por ende a la esposa interesada en el problema ya que un día puede llegar a ser propietaria única de acuerdo con lo pactado conforme al artículo 61 de la Compilación».

Y todo ello, aunque a mi entender se podría haber llegado a la misma conclusión a través de la teoría antes defendida del pacto de sobrevivencia como propia *donación condicional inter-vivos* entre cónyuges sobre la mitad indivisa de cada uno, sujeta a la *prohibición legal de disposición voluntaria* y por tanto a salvo su ejecución forzosa por deudas comunes o privativas del cónyuge titular, sin acudir a la forzada teoría de la comunidad germánica (ya defendimos anteriormente como las prohibiciones de disponer entrañan un verdadero litis consorcio pasivo necesario).

II. Bienes objeto de hipoteca mobiliaria

Los bienes objeto de hipoteca mobiliaria no se pueden enajenar sin consentimiento del acreedor (artículo 4.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16-12-1954).

El efecto de su contravención, debe ser la nulidad absoluta —como toda prohibición de disponer— pero dada su naturaleza mueble y la legitimación derivada de la posesión de bienes muebles que reconoce el artículo 464 C.C., si a pesar de ello se vende, se permite al acreedor dar por vencido el crédito e instar la ejecución (artículo 29, párrafo 3.º de la citada L.H.M.P.S.D.), a diferencia de la hipoteca normal, en la que caracteriza la hipoteca es que no impide la enajenación del inmueble, hasta el punto de que en la hipoteca inmobiliaria no es inscribible el pacto de vencimiento anticipado por enajenación de la finca —*R.D.G.R.N. de 18-11-1960 y 27-1-1986*—.

En todo caso, el que el efecto de la contravención por enajenación del bien mueble hipotecado no sea la nulidad radical, no es argumento en contra de su carácter de prohibición legal, pues ya hemos defendido —al tratar de sus caracteres— que no siempre la contravención de una prohibición de disponer determina la nulidad absoluta del acto, sino que la ley puede prever un efecto distinto (artículo 6 C.C.).

También constituye un supuesto de prohibición legal, el recogido en el artículo 2 de la citada ley, que prohíbe constituir hipoteca mobiliaria sobre bienes *ya hipotecados,* pignorados o embargados, lo que se justifica según la exposición de motivos de la citada ley en la necesidad de evitar colisiones de derechos, y que a mi juicio —como propia prohibición de disponer— no se puede contravenir ni siquiera con el consentimiento del favorecido —acreedor— como admite García García[9].

III. Prohibición de enajenar los bienes del ausente

El *artículo 196 C.C. establece:*

«Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente.

---

[9] García García, «Código de legislación hipotecaria», pág. 878.

Los herederos del ausente *no podrán disponer a título gratuito* hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento.

Hasta que transcurra ese plazo no serán entregados los legados si los hubiere, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de instituciones de Beneficencia.»

Se trata de una prohibición legal, fundada en garantizar los derechos del ausente, de manera que durante los cinco años siguientes a la declaración de fallecimiento no podrán disponer los herederos a título gratuito, y si hubieran dispuesto a título oneroso regirá el principio de *subrogación real* respecto del precio o los bienes que con este precio se hubieran obtenido si después de la declaración de fallecimiento del ausente se probase su existencia.

Es decir, como señala Ogayar Ayllón, no cabe duda de que están sujetas a la prohibición los actos de disposición verificados por el heredero del ausente *a título gratuito inter-vivos,* pero no lo estaría —dada la «ratio legis» del precepto— la disposición *testamentaria universal,* si bien los herederos del heredero del ausente quedarán sujetos a la misma prohibición que aquél durante los cinco años a contar de la declaración de fallecimiento[10].

En efecto, como hemos defendido anteriormente, las prohibiciones de disponer excluyen los actos de disposición voluntaria inter-vivos, sean a título gratuito u oneroso (en caso del ausente los actos dispositivos onerosos se permiten excepcionalmente, si bien sujetos al principio de subrogación real), pero no pueden impedir el fenómeno sucesorio.

En cuanto a los *legados,* quedarán suspendidos en cuanto a su entrega, como dice el propio artículo 196 C.C., hasta que transcurra el plazo de la prohibición, tanto los impuestos por el ausente en su testamento, como —por analogía— los otorgados por el heredero del ausente que a su vez hubiera fallecido.

IV. La prohibición de adquirir por compra los tutores, mandatarios y albaceas los bienes confiados

La prohibición impuesta a los tutores, mandatarios y albaceas de adquirir los bienes confiados a su cargo o de cuya administración y

---

[10] Ogayar Ayllón, «Comentarios al C.C. y Compilaciones forales», tomo IV, página 129.

disposición estuviesen encargados, a que se refiere el *artículo 1.459 C.C.,* si bien es un caso de prohibición de adquisición, puede ser incluido dentro de las prohibiciones legales de disponer, porque en definitiva les *impide disponer del numerario* necesario para la compra de tales bienes.

El fundamento de esta prohibición es la *autocontratación* en que pueden incurrir estas personas al vincular con una sola declaración de voluntad dos patrimonios distintos entre los que existe conflicto de intereses.

Precisamente —y en base a tal autocontratación— han sido considerado no inscribibles los siguientes negocios jurídicos:

1.º La partición otorgada por una persona que es a la vez defensor judicial del heredero menor de edad y apoderado del cónyuge viudo, defecto insubsanable —ni siquiera subsanable por la autorización judicial— *(R.D.G.R.N. de 26-9-1951).*

2.º La cancelación de una hipoteca otorgada por una persona que actúa en representación del acreedor y a la vez como cónyuge del hipotecante no deudor, casados en régimen de gananciales *(R.D.G.R.N. de 1-2-1980).*

3.º La partición hereditaria verificada por el cónyuge viudo por sí y en representación de sus hijos menores, cuando sea precisa la disolución de la sociedad conyugal *(R.D.G.R.N. de 27-1-1987),* salvo el caso de que el cónyuge sea heredero del fallecido y los legitimarios no tengan derecho a una porción de bienes de la herencia sino a metálico —como ocurre en Cataluña—, a menos que dichos legitimarios sean los herederos —y no el cónyuge viudo— en cuyo caso a pesar de tener el causante vecindad civil catalana y haberse respetado la voluntad del causante en la disolución de la sociedad de gananciales, no podrá la viuda representar a los hijos menores de edad instituidos herederos sin que se nombre un defensor judicial *(R.D.G.R.N. de 14-3-1991).*

4.º La renuncia a la herencia del padre hecha por la madre en representación de sus hijos, cuando aquélla acepta su mitad de gananciales, lo que exigiría un defensor judicial *(R.D.G.R.N. de 20-10-1958).*

5.º La disolución de un condominio hecha por la madre, usufructuaria de una porción indivisa, por sí y en representación de sus hijos nudo propietarios, por la cual se adjudica una finca entera a un tercero a cambio de metálico *(R.D.G.R.N. de 27-11-1986).*

Todos ellos, son supuestos de nulidad absoluta por existir autocontratación, es decir, por constituir un supuesto de falta de consentimiento, si bien elevada a la categoría de prohibición expresa por el artículo 1.459 C.C. para los supuestos a que el mismo se refiere (prohibición que se justifica en la existencia de autocontratación) y en consecuencia determinantes de una calificación denegatoria como falta insubsanable.

V. La prohibición del pacto comisorio: Estudio especial del pacto comisorio en la venta con pacto de retro y en la venta en garantía

Constituye también un supuesto de prohibición legal el establecido en el *artículo 1.859 C.C.* relativo a la hipoteca y prenda, a tenor del cual:

«El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas».

Que no pueda disponer de la cosa, más que un supuesto de estricta prohibición legal, es un supuesto de falta en absoluto de poder de disposición, ya que el derecho de que es titular el acreedor —prenda o hipoteca— es un gravamen limitado de la cosa, carente de la facultad de disposición, pues a lo único que autorizan es a instar la enajenación para pagar al acreedor (artículo 1.858 C.C.).

En todo caso, la prohibición de apropiación es una consecuencia de todo ello, dada la configuración que por nuestro Derecho Hipotecario se hace de tal derecho de hipoteca —a diferencia de la «mortgage» inglesa— y ha sido reiterada jurisprudencialmente.

Dicha prohibición de pacto comisorio, excluye no sólo los pactos expresos de disposición a favor del acreedor en caso de falta de pago de la deuda garantizada, sino también en todos los *negocios indirectos* que puedan llevar a la contravención de la misma prohibición —negocios que por fraudulentos no excluyen la aplicación de la norma que pretendían eludir (artículo 6.º párrafo 4.º C.C.)—.

Así la *R.D.G.R.N. de 10-6-1986 y la de 29-9-1987*, establece la no inscribibilidad —falta insubsanable— de la opción de *compra en funciones de garantía* constituida a favor del acreedor hipotecario para el caso del impago de la deuda garantizada, basándose en el carácter imperativo de los preceptos de ejecución extrajudicial, así como —precisamente— en la prohibición del pacto comisorio.

En la última de las resoluciones citadas se pretendía además configurar la opción de compra no a favor del acreedor hipotecario sino a favor de un tercero, para caso de impago de la deuda, junto con un apoderamiento irrevocable en favor del titular de la opción. Es decir, el derecho de opción se utiliza en funciones de garantía, y con su ejercicio «se ha pretendido que, sin procedimiento especial los bienes pasen a propiedad del acreedor«, lo que no es admitido, ya que «la prohibición de pacto comisorio no sólo impide al deudor conferir al acreedor en caso de impago el adjudicarse él mismo las cosas dadas en garantía, sino que también impide —obviamente— conferir esa misma facultad, de adjudicación al acreedor, a un tercero. Nuestro Ordenamiento confirma la prohibición cuando con normas imperativas determina los señalados casos en que, cumplidas las cautelas y los procedimientos establecidos, un tercero puede adjudicar al acreedor los bienes dados en garantía —cfr. artículos 234, párrafo 1.º y 235, párrafo 10 R.H.).»

La *R.D.G.R.N. de 5-6-1991,* confirma la denegación de una escritura de adjudicación en pago de deuda con pacto de retro, por la que el deudor firmaba dos letras de cambio a favor del adjudicatario, reservándose la facultad de retraer la propiedad del inmueble una vez acreditado el pago de dichas letras a su respectivo vencimiento. La Dirección General de los Registros y del Notariado, reconoce que «si bien el C.C. admite expresamente la hipótesis de la compraventa con pacto de retroventa —artículo 1.507 y ss. C.C.— rechaza enérgicamente toda construcción en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor —artículos 6, 1.859 y 1.884 C.C.—», y ésta era precisamente la finalidad perseguida, ya que (a diferencia de la propia venta con pacto de retro en la que el vendedor no contrae de presente obligación alguna) el transmitente del inmueble —que ya era deudor— acepta dos cambiales libradas por el adquirente, lo que evidencia una finalidad que «bajo la apariencia de una causalización suficiente se pretende amparar una transmisión dominical que no tiene más justificación que la de servir de garantía a una obligación, finalidad que —como ya declaró la *R.D.G.R.N. de 30-6-1987*— no tiene virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio».

La única incógnita que deja abierta ésta última resolución, es la de si sería admisible tal supuesto *en Cataluña* a través de la *carta de gracia o empenyorament* —artículos 326 y ss. de la Compilación—, posibilidad en la que no entra la Dirección General por ser de competencia del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña —al

tratarse de un supuesto de derecho civil privativo catalán—, el cual sin embargo, se limitó a confirmar la nota del Registrador sin plantearse dicha posibilidad.

La posibilidad de que el vendedor a carta de gracia pueda seguir conservando el uso de la finca «por cualquier título» —cfr. párrafo 3.º, artículo 326 Compilación— demuestra que puede esta figura amparar supuestos en los que no existiría verdadera venta, sino verdaderos préstamos garantizados, en la medida en que seguirá detentando la finca el deudor que la ha dado «en prenda», o lo que es lo mismo, que caben ventas en Cataluña, cuya causa sea meramente de garantía.

Dicho párrafo de la Compilación, unido al propio origen de la institución en Cataluña —que aún se conserva en su terminología de «empenyorament»— y al hecho de que en caso contrario la Dirección General no se hubiera planteado el tema —que ni siquiera se había discutido en el recurso—, son a mi juicio razones suficientes para afirmar que cabe mantener una especialidad en el ámbito del derecho civil catalán, como verdadera excepción a la prohibición de pacto comisorio.

Así la *S.T.S. de 7 febrero 1989* admite en Cataluña la figura de la compraventa con pacto de retro, dada la fisonomía propia y especial de la figura del «empeyament» propia del derecho catalán, aunque en el supuesto de autos se declarase nulo el contrato por haberse estipulado un interés usuario —en concreto un 28% «cifra exagerada cuando la garantía real asegura el cumplimiento de la operación sin riesgo para el prestamista»—, dado que la ley de Usura de 23-7-1908 es aplicable a todo el territorio nacional.

Igualmente la *S.T.S.J. de Cataluña de 29 de mayo de 1991* confirma la posibilidad de la venta a carta de gracia o *empenyorament en Cataluña* —se trataba de bienes sitos en Barcelona entre contratantes de vecindad civil catalana, sin sumisión expresa a ninguna otra legislación (artículo 10, párrafo 5.º C.C.)—, argumentando:

«El retracto convencional regulado en los artículos 1.507 y siguientes del C.C. y las ventas a carta de gracia o empenyorament de la Compilación catalana, si bien tienen un mismo origen y uan finalidad parecida, son fruto de una evolución histórica distinta presentan regulaciones no coincidentes (...) La doctrina de los autores y la jurisprudencia reconocen que la finalidad actual del empenyorament en Cataluña es —por parte del vendedor— la de obtener dinero sin desprenderse irrevocablemente de la cosa, por lo general inmueble (...) mediante el desdoblamiento que se produce del dominio en dos derechos reales específicos: el

dominio resoluble del comprador y el derecho a redimir del vendedor. (...) Por eso, dado que es un contrato específico que cumple funciones de garantía, no puede decirse que «encubra» un contrato de préstamo con garantía, verdadera causa contractual querida por los contratantes (...) No es un negocio jurídico simulado ni absoluta ni relativamente, tiene la causa que se le asigna en el artículo 1.274 C.C. y no expresa ninguna causa falsa. (...) No existe en nuestra legislación común una prohibición general del pacto comisorio, pues aunque el artículo 1.859 C.C. previene que el acreedor no puede apropiarse de las cosas hipotecadas, otros —verbigracia el 1.504— parecen admitirlo»[11].

Este último argumento de la *S.T.S.J. 29-5-1991* no podemos, sin embargo, aceptarlo, no sólo porque no sea la instancia última en Derecho Común, sino porque ya hemos visto, el artículo 1.504 C.C. es una excepción a la prohibición general, excepción interpretada muy restrictivamente como estudiaremos posteriormente.

En consecuencia, sólo sería admisible la figura de la compraventa con pacto de retroventa, con fines de garantía de préstamo, cuando recayese sobre bienes sitos en Cataluña —artículo 10, párrafo 5. C.C.— o aunque no estén sitos en Cataluña si se pactase expresamente el sometimiento al derecho civil privativo de la Compilación catalana y alguno de los contratantes tuviera vecindad civil catalana —dada la exigencia de conexión con el negocio exigida por el citado artículo—.

En los demás casos no sería admisible la compraventa con pacto de retro con fines de garantía de un préstamo por excluirlo la prohibición de pacto comisorio, aunque se admitiría si no encubre una relación crediticia.

Fernández-Golfín defiende la posbilidad del pacto comisorio «marciano» (pacto por virtud del cual acreedor y deudor convienen que si en el momento del vencimiento no se cumple la obligación principal, la propiedad de la cosa pasa al acreedor, *previa su justa estimación*), y basa su argumento en la *S.T.S. de 28-11-1983* que señaló que no existe razón moral ni jurídica que pueda prohibir el pacto.

Defiende, en concreto, que se arbitre este pacto a través de una opción de compra que no refleje la relación crediticia —y que será la que se inscriba en el Registro—, «mientras el préstamo asegurado

---

[11] La ley de 13 de diciembre de 1991 definitivamente ha consagrado la venta a carta de gracia en Cataluña, configurándole como la transmisión inicial de la propiedad de manera indefinida, pero no definitiva.

quedará encubierto o recogido en documento privado» siempre sobre la base de pactar un precio justo para el ejercicio de la opción[12].

El argumento debe rechazarse pues —además de la antigüedad de la citada sentencia— *sí existen razones* que excluyen tal configuración, recogidas por las resoluciones antes estudiadas (carácter de orden público de los procedimientos de ejecución, evitar el perjuicio al deudor, inexistencia de causa justificativa de la tranmisión, etc.) a las que debe añadirse una más: el documento privado no es objeto de intervención notarial ni calificación registral y en consecuencia además de carecer de fehaciencia, es fuente de abusos para la parte más débil —el deudor— que suele derivar en una nulidad del negocio por falta de consentimiento o falta de causa.

En consecuencia, la opción de compra en garantía de un préstamos que entrañe una contravención del pacto comisorio será nula, al igual que el pacto de retro en garantía de un préstamo.

El mero hecho de que se reconozca que en la práctica la opción de compra se complementa con un documento privado que encubre el préstamo, es un argumento más en favor del *carácter constitutivo de las inscripciones de los derechos de adquisición preferente* y de excluir —como nulos— cualquier pacto no publicado, ya que sería la forma de evitar posiciones abusivas —en concreto de pactos comisorios encubiertos o préstamos usurarios—.

Todo lo dicho hasta ahora, tiene también apoyo en la jurisprudencia del T.S., y así la *S.T.S. de 5 de julio de 1982* al plantearse la validez de una compraventa autorizada en escritura pública, que estaba complementada por un documento privado en el que se reconocía una deuda existente entre vendedor y comprador, establece la *inexistencia de la compraventa* y consiguiente nulidad de la inscripción por «constituir un sólo negocio fiduciario que encubre un préstamo usurario garantizado con la venta (...) ya que lo en realidad convenido fue un mero préstamo con garantía inmobiliaria y no una real y efectiva compraventa con pacto de retro, toda vez que las relaciones jurídicas son las que se revelen de lo realmente querido por las partes y no por las fórmulas exteriores que se le hayan dado (...) máxime la situación angustiosa del deudor, dado que nadie sin vivir en verdadero estado de angustia económica, se desprende de un bien por un valor altamente desproporcionado» (considerandos cuarto y sexto).

---

[12] Fernández Golfín, «La influencia de la práctica en la evolución de los derechos reales», R.D.N. 143, pág. 165.

Más técnicamente la *S.T.S. de 19 de mayo de 1982,* en un caso similar de compraventa en garantía de un préstamo, afirma que se trata de un *negocio fiduciario* «en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda con la obligación por parte de ésta de retransmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido, sin que pueda motejarse de contrato ficticio *sino real y existente* y querido por las partes (...) si bien la *causa fiducie no consiste en la enajenación* propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde y es justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la *limitada eficacia real de la venta en garantía*» (considerando 2.º).

La consecuencia de esta argumentación es la misma que en la mencionada S.T.S. de 5-7-1982, pues no considera que exista verdadera trasmisión, reconociendo el derecho de dominio del fiduciante —en el caso de autos la masa de la quiebra del fiduciante— frente a la pretensión de propiedad del fiduciario.

Lo que les faltan a estas sentencias es enfocar el problema causal no sólo desde el punto de vista de la finalidad querida por las partes —finalidad de garantía y no de transmisión— sino también desde el punto de vista de la protección por la ley de tal garantía —que no se justifica por contravenir la prohibición de pacto comisorio, vigente en nuestro Derecho—.

En el fondo, no es que el negocio fiduciario sea inexistente, sino que puede ser nulo si, como dice la *R.D.G.R.N. de 30 de junio de 1987,* no existe una *causa suficiente* que justifique el fin práctico querido por los contratantes, lo que no se da en la venta a favor del acreedor en garantía del crédito con obligación por éste de retransmitir cuando se satisfaga la deuda —ni tampoco existiría en la opción de compra en garantía de un préstamo usurario o vinculada a un pacto comisorio (v.gr. el caso estudiado de poder irrevocable a favor del optante o un tercero)—.

VI. La prohibición de disponer bienes adquiridos por retracto de abolorio

La prohibición de enajenar los bienes adquiridos en ejercicio del retracto de abolorio, vigente en Aragón respecto de los bienes que hubieran pertenecido a la familia durante las dos generaciones inme-

diatamente anteriores a la del disponente, constituye uno de los ejemplos más claros de prohibición legal de disponer.

Establece en efecto, el *artículo 151 de la Compilación de Aragón de 21 de mayo de 1985* —que adaptó la de 8 de abril de 1967— bajo el epígrafe «Limitación de la facultad dispositiva», lo siguiente:

«El inmueble adquirido por derecho de abolorio es inalienable por acto inter vivos aun a favor de parientes durante cinco años, a no ser que el adquirente venga a peor fortuna».

No es una prohibición *absoluta,* en la medida que tiene en cuenta la situación personal del gravado con la prohibición, pero sí es de carácter *sustantivo,* —a diferencia de las prohibiciones derivadas de otros derechos de retracto que luego veremos— en la medida que viene regulada en una disposición sustantiva foral y no en una norma procesal civil.

Además tiene un origen remoto, siendo puesto como ejemplo en la propia Exposición de Motivos de la *Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861,* dentro de la cual, bajo el subtítulo denominado «Respecto al retracto legal en las ventas», se ponía de manifiesto la conveniencia de que «el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título, o de otro modo sería necesario admitir la regla del derecho aragonés, en virtud de la cual el comprador de una cosa sujeta a retracto no la puede vender dentro del término legal para retraer», lo cual por otra parte no ha terminado de cuajar en el derecho moderno, ya que como veremos, los retractos legales son ejercitables incluso frente a terceros inscritos en el Registro de la Propiedad aunque no resulte del mismo la posibilidad de su ejercicio (en base a la presunción de conocimiento de la ley).

En este trabajo se defiende precisamente la idea originaria de esta ley de 1861 —confirmada por la de 1909— de que los retractos legales no deben producir efecto respecto de *tercero inscrito* que adquirió del comprador que motivó el retracto.

Esto es, de que el retracto legal sólo puede ejercitarse frente al comprador —que conocía la posibilidad de ejercicio del retracto— pero no frente a subadquirente que confía en el Registro en el que se inscribió la adquisición sin carga alguna por esta causa, siempre que tal inscripción tenga lugar después del plazo para ejercitar el retracto (y aunque la demanda frente al primer comprador haya sido interpuesta en plazo pero aún no anotada en el Registro de la Propiedad en el momento de la inscripción de la segunda adquisición).

VII. Prohibición de disponer en el consorcio foral aragonés

Dispone el *artículo 142* de la Compilación aragonesa:

«1. Cuando varios hermanos o hijos de hermanos adquieran de un ascendiente pro indiviso y a título gratuito bienes inmuebles, queda establecido entre aquéllos y en tanto subsista la indivisión, el llamado "Consorcio foral", con los siguientes efectos:

1.º Ninguno de los consortes puede enajenar, gravar ni obligar la parte que el corresponde en los bienes indivisos.

2.º Tampoco puede disponer de su parte por actos mortis causa sino en favor de sus descendientes.

3.º Si un consorte muere sin descendencia antes de la división, su parte acrece a los demás consortes.

2. El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles, que puede pedir cualquiera de los consortes».

Se trata de una prohibición legal muy característica, pues a diferencia de las demás prohibiciones de disponer que no excluyen el fenómeno sucesorio (como vimos al diferenciarlas de otras figuras afines), el consorcio foral aragonés *también excluye los actos mortis causa.*

No es una prohibición legal indefinida, sino por el contrario, en cualquier momento puede ser eludida mediante la división de la comunidad o consorcio.

Precisamente, esta finalidad coyuntural es lo que nos llevará —como se estudiará posteriormente— a defender la posibilidad de que se constituya voluntariamente, incluso en Derecho Común, un pacto similar, siempre que exista causa que lo justifique, tendente a mantener una explotación común mientras no se pida la división.

La *S.T.S. de 12 de noviembre de 1990,* hace aplicación de esta prohibición legal, en un supuesto en el que el testador había legado una tercera parte indivisa a dos de sus hijos, instituyendo heredero al tercero de ellos, y prohibiendo disolver la comunidad durante el plazo de diez años. Con posterioridad, uno de los hermanos fallece sin ascendientes ni descendientes instituyendo heredero a uno de los hermanos, que se adjudica la tercera parte indivisa de la finca correspondiente al hermano fallecido.

El T.S. reconoce la existencia de un consorcio foral aragonés entre los tres hermanos, y en consecuencia que la tercera parte indivisa

correspondiente al hermano fallecido ha de acrecer entre los dos hermanos sobrevivientes, sin que uno de ellos se pueda adjudicar por herencia la totalidad de la porción indivisa del fallecido.

A ello no es obstáculo que dos de las porciones se recibieran por legado y la otra por herencia, ya que:

«Las porciones originarias pierden su propia sustantividad desde el momento en que queda constituido el consorcio y de aquí que el acrecimiento no suponga vulneración a la regulación de ese derecho en el C.C. artículos 981 y siguientes» (pues se alegaba que no cabía derecho de acrecer entre herederos y legatarios).

Pero dicha sentencia tiene sobre todo de acierto el defender la *justificación* del pacto y la posibilidad —antes referida— de que se pacte voluntariamente (lo que veremos en sede de prohibiciones voluntarias onerosas como excepción a su exclusión en nuestro Derecho), al establecer:

«(...) No obstante la enemiga casi generalizada que ha suscitado esta institución foral, de que entorpece el tráfico inmobiliario, coarta la libre circulación de los bienes y no responde al moderno espíritu de familia, hay que tener en cuenta que las críticas son anteriores al apéndice foral, el cual excluyó la institución siendo recuperada por la Compilación (...) y lo cierto es que la redacción gramatical del artículo 142 tiene índole imperativa, previa concurrencia de los requisitos establecidos en el apartado 1.º, lo que desde luego *no impide que el consorcio pueda nacer de un acuerdo de voluntades* y admita una regulación distinta a la del precepto de existir acuerdo unánime de todos los consortes» (fundamento de derecho cuarto).

PROHIBICIONES LEGALES DE DISPONER CONFIGURADAS A TRAVES DE LA FIGURA DEL ASENTIMIENTO

Ya vimos cómo son prohibiciones de disponer no sólo las figuras restrictivas unilaterales que excluyen en absoluto la facultad de disponer, sino también aquellas figuras en las que el ejercicio de la facultad de disposición requiere el consentimiento de otra persona, ajena a la titularidad *(asentimiento)*.

Se caracterizan además, porque sus efectos no son los normales de la prohibición de disponer —nulidad absoluta del acto— sino la

anulabilidad o impugnabilidad por quien no asintió al acto dispositivo pese a exigirlo la ley.

Veamos algunos supuestos:

I. Prohibición de disponer de la vivienda habitual por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro

La recoge el *artículo 1.320 C.C.* a cuyo tenor:

«Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o en su caso la autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa de disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.»

Como señala Lucini Casales este artículo tiene una *finalidad tuitiva* o de protección del cónyuge no titular, de manera que no tendría aplicación en aquellos supuestos de enajenación en que no haya perjuicio para el mismo como es en la venta de la *nuda propiedad,* pero sí cuando afecten a la utilización de la vivienda —venta pleno dominio, venta usufructo, hipoteca de una u otro, etc.—[13].

Así la *R.D.G.R.N. de 26-10-1987* establece que:

«La cuestión es si el cónyuge nudo propietario del piso en que la familia tiene la residencia habitual, precisará o no el consentimiento de su consorte para hipotecar este derecho, habida cuenta que no es la nuda propiedad, sino la específica relación jurídica entablada con el usufructuario la que le habilita para el goce y disfrute de aquél, aun cuando de la literalidad del artículo 1.320 C.C. parece desprenderse la respuesta afirmativa, la finalidad práctica de esta norma cual es evitar que los actos unilaterales de uno de los cónyuges pueda provocar el desalojo del hogar familiar, así como su carácter excepcional, imponen la respuesta negativa.» (fundamento décimo).

En cuanto a su naturaleza Lucini Casales considera que no es verdadera prohibición de disponer ya que a su juicio la sanción por incumplimiento no es la nulidad absoluta sino la mera anulabilidad,

[13] Lucini Casales, «La vivienda familiar», RCDI 596, pág. 106.

regulada en el artículo 1.301 del C.C., que caducará a los cuatro años de que el cónyuge no titular tuviera conocimiento de la enajenación.

No considera aplicable el artículo 1.322 del C.C., que permite la impugnación de los actos realizados a título oneroso por uno de los conyuges cuando la ley requiera para su disposición el consentimiento de ambos —los gratuitos serían nulos— porque el consentimiento del artículo 1.320 puede ser suplido por autorización judicial, mientras que el del 1.322 sólo puede ser suplido por confirmación expresa o tácita (salvo que la cosa sea ganancial —artículo 1.377 C.C.—), y además porque la impugnación no podría realizarse por los «herederos» del cónyuge no titular, ya que una vez fallecido se extingue la vivienda familiar.

Yo sin embargo, entiendo que sí se trata de una propia prohibición de disponer cuyo efecto, sin embargo, no siempre es la nulidad absoluta del acto dispositivo, lo cual está previsto —como excepción— en el artículo 6, párrafo 3.º C.C., a cuyo tenor los actos contrarios a una norma imperativa o prohibitiva son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para caso de contravención. Esto es lo que ocurre con la prohibición del artículo 1.320, que —por excepción— está sometido al régimen del *artículo 1.322 C.C.,* que entiendo plenamente aplicable, a cuyo tenor:

«Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido o de sus herederos.

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes, si falta en tales casos el consentimiento del otro cónyuge».

En realidad este artículo mezcla *dos supuestos* distintos:

1.º Supuestos de *sociedad de gananciales,* en los que los actos sobre bienes comunes realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro son nulos, como es lógico, dada la falta de legitimación de un cónyuge respecto de los bienes gananciales, en los que hasta su liquidación no tiene atribuido derecho concreto alguno —artículo 1.344 C.C.—. En este sentido el artículo 1.322, párrafo 2.º lo único que hace es insistir en esa nulidad (en rigor se trataría de una irrelevancia o ineficacia del acto en la esfera del otro cónyuge susceptible de ratificación —cfr. artículo 1.259 C.C.—) que será absoluta (no ratifi-

cable) si el acto es a título gratuito (en los mismos términos se pronuncia el artículo 1.378 C.C.). Es decir, en esto no constituye propia prohibición de disponer, antes bien, no hace sino suavizar el efecto propio de los actos dispositivos realizados sin legitimación, al afirmar —no la ineficacia o irrelevancia— sino la validez salvo impugnación, del acto de disposición oneroso realizado unilateralmente por uno de los cónyuges.

2.º Supuesto de *separación de bienes o participación,* en que cada cónyuge tiene la administración y disposición sobre sus bienes concretos —artículos 1.412 y 1.437 C.C.—. En estos casos, cuando excepcionalmente no se permite a uno de los cónyuges disponer sin consentimiento del otro, esto es, cuando es vivienda habitual —artículo 1.322 C.C. en relación con el 1.320 C.C.— sí estamos ante una propia prohibición de disponer, si bien se suavizan los efectos normales de la contravención, que en este caso no son —como sería lo normal— de nulidad absoluta, sino de anulabilidad (susceptible de confirmación expresa o tácita por el cónyuge en cuyo beneficio se establecen), posibilidad amparada en el citado artículo 6 C.C. y basada en la protección del adquirente de buena fe y del tráfico jurídico (en rigor, como defenderemos más adelante, la protección del tráfico debería convertir en regla general, lo que es excepción, esto es, los efectos no radicalmente nulos de los actos dispositivos realizados en contravención de una prohibición si está impuesta en acto a título oneroso).

Igualmente el hecho de que el párrafo 2.º del artículo 1.320 del C.C. establezca que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe», no es sino una excepción a esa nulidad absoluta (artículo 6 párrafo 3.º, a cuyo tenor los actos contrarios a una norma imperativa o prohibitiva son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para caso de contravención).

Tal excepción en favor del *adquirente de buena fe,* lo único que hace es reforzar la seguridad del tráfico inmobiliario, plenamente consecuente con la posición que se defiende en este trabajo de reducir la eficacia de las prohibiciones no inscritas, y en este sentido protege no sólo al subadquirente de buena fe que inscribe —artículo 34 L.H.— sino al propio adquirente —incluso aunque no inscriba, siempre que tenga buena fe—.

En todo caso, y para proteger también el interés del cónyuge no titular y evitar dejar inefectivo el precepto, el *artículo 91 R.H.* exige para inscribir actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo

de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no es la habitual de la familia —salvo que la ley aplicable, como en Cataluña o Baleares, no lo exija así—.

La *S.T.S. de 7 de octubre de 1985* tuvo oportunidad de plantearse el problema de la vivienda habitual, aunque no de una manera directa en un juicio declarativo sobre nulidad de la enajenación, sino indirectamente en un recurso de revisión interpuesto al amparo del artículo 1.796 párrafo 4.º de la L.E.C.

Se trataba de una compraventa sobre un inmueble —sito en Barcelona— privativo del marido enajenada por éste a una compañía mercantil, estando ambos cónyuges en régimen de separación de bienes. La compañía obtuvo sentencia firme a su favor declarativa de la propiedad del inmueble, en demanda interpuesta ante la Audiencia por incumplimiento de la entrega por el marido. La esposa recurre en revisión ante el Tribunal Supremo por considerar que existió maquinación fraudulenta entre el marido y la compañía compradora, ya que no se le notificó la venta ni se requirió su consentimiento pese a ser la vivienda domicilio conyugal.

El *Tribunal Supremo* en la citada sentencia 7-10-1985 rechaza la revisión, entendiendo que dicho recurso no podía ser instado por quien no había sido parte en el proceso, en base al siguiente razonamiento:

«(...) como quiera que en el contrato sólo aparecía que era casado en régimen de separación de bienes y que el piso estaba libre de arrendatarios y ocupado por el vendedor, no tenía por qué demandar la compradora sino a la parte vendedora, toda vez que la circunstancia de constituir vivienda habitual común de los esposos, es algo extrínseco y puramente contingente a la propia titulación jurídica del piso, cuyo conocimiento efectivo por parte de la compradora para poder imputarle la connivencia que se alega en el recurso, con el vendedor, no ha quedado acreditada en estas actuaciones (...) de manera que el cónyuge hoy recurrente no se encuentra en situación de litis consorcio pasivo necesario, ya que el interés legítimo no surge necesaria y claramente del contrato del compraventa, sino de una circunstancia extraña al propio contrato, razón por la cual el artículo 1.322 C.C. da cauce de expresión al derecho del otro cónyuge que se vea afectado por la enajenación, a través del juicio declarativo correspondiente (...) máxime cuando la fecha del contrato (1981) anterior a la reforma del artículo 91 R.H. hace aún más patente la innecesidad de manifestar en el instrumento público de enajenación la circunstancia de ser o no vivienda habitual del matrimonio el piso vendido (...)» (fundamento quinto).

El Tribunal Supremo indirectamente refuerza la posición del adquirente siempre que tenga buena fe e ignore la circunstancia de que el piso es vivienda habitual, excluyendo la situación de litis consorcio pasivo necesario, a salvo el derecho del cónyuge para acudir al juicio declarativo correspondiente, que sería al amparo del artículo 1.322 C.C. —en contra de la teoría de la anulabilidad normal de Lucini Casales—.

Interpuesto contra esta sentencia del T.S., recurso de amparo ante el *Tribunal Constitucional,* éste en *S.T.C. de 3 de junio de 1987* tampoco entra en el fondo del asunto, por haberse interpuesto el recurso fuera de plazo:

«Por consiguiente no es preciso entrar a considerar la posición mantenida por el T.S. al afirmar que el derecho de la recurrente a una tutela judicial efectiva resulta respetado por la existencia de un juicio declarativo todavía no intentado, o si hubiera sido necesario, por el contrario, retrotraer las actuaciones al comienzo de la demanda inicial si nos encontrásemos ante un supuesto similar al de la S.T.C. de 31-10-1986 en la que este Tribunal consideró que desde la perspectiva del artículo 24 de la C.E. los artículos 96 y 1.320 C.C. hacen necesario llamar a ambos cónyuges para que no se produzca indefensión».

Es decir, aunque no puede entrar en el fondo del asunto, indirectamente advierte de su interpretación anterior, en un supuesto que luego veremos de deshaucio en arrendamiento contratado por el marido, en el que exigió la notificación al cónyuge no titular pero usuaria de la vivienda para que no existiera indefensión.

Ambas sentencias pueden ser complementarias, sin embargo, si se concluye que sí existe litis consorcio pasivo necesario entre ambos cónyuges, pese a ser el inmueble privativo, pero sin perjuicio de la protección que debe ser otorgada al adquirente que desconocía la circunstancia de ser el inmueble vivienda habitual de la familia.

II. Prohibición de disponer de la vivienda privativa cuyo uso corresponde al otro cónyuge

El *artículo 96 C.C.* dispone que—

«En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la de otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes, o en su caso, autorización judicial.»

Muy distintas teorías tratan de explicar la *naturaleza* del derecho que se atribuye al no titular:

— Derecho real atípico, limitado, autónomo, de nueva creación (O'Callaghan).

— Derecho de posesión sin más (Roca Trías).

— Derecho de uso del artículo 524 C.C. sobre la totalidad de la vivienda (Rams Albesa).

— Auténtica limitación de dominio de naturaleza personal pero susceptible de eficacia erga omnes a través de publicidad registral reconocida en la disposición adicional novena de la ley 7-7-1981 que modificó la regulación del matrimonio en el C.C. (Lucini Casales)[14].

— Derecho de habitación análogo al regulado en el artículo 524 C.C. (Isac Aguilar)[15].

Yo entiendo, en armonía con lo dicho con respecto al artículo 1.320 C.C. que este artículo 96 C.C. recoge una atribución de un *propio derecho real inscribible,* análogo al derecho real de *uso* regulado en el C.C., pero de origen legal o forzoso (aunque nada impide que por vía convencional se pacten los mismos efectos, como veremos al hablar de las uniones de hecho) cuya regulación se establecerá en la sentencia que apruebe el convenio regulador de los efectos (que determinará su duración, régimen de ejercicio exclusivo o compartido, etc.), a diferencia del uso y habitación del C.C. que tiene siempre origen convencional, de manera que los caracteres que en él se imponen a los mismos, como la indisponibilidad son siempre a falta de regulación en contrario (cfr. artículo 523 C.C.)—. El ejercicio de tal derecho se garantiza con

---

[14] Lucini Casales, citando a los anteriores, op. cit., pág. 100.
[15] Isac Aguilar, RCDI 577, pág. 1.731.

prohibición legal de disponer que se impone al titular de la vivienda cuyo uso no le ha sido atribuido.

Lucini Casales, sin embargo, considera que las limitaciones dispositivas contenidas en este artículo 96 C.C. no son propias prohibiciones de disponer, ya que suponen en caso de contravención una mera anulabilidad del acto, no la regulada en el artículo 1.322 C.C. —pues no sería impugnable por los herederos del usuario ya que una vez fallecido deja de ser vivienda familiar— sino la prevista con carácter general en el artículo 1.301 del C.C., computándose el plazo de caducidad de cuatro años de la acción desde que el cónyuge usuario tuviere conocimiento suficiente del acto o contrato realizado por el titular.

Yo ya he defendido, como el efecto de la contravención debe ser no el de la nulidad absoluta, sino el de la anulabilidad del artículo 1.322, lo cual tendría además apoyo en el citado artículo 6.º C.C., sin que en este caso exista excepción alguna expresa en favor del adquirente de buena fe (aunque se dé una manifestación falsa del disponente —que no dijera nada de la atribución del uso al otro cónyuge—) lo que está justificado dada la posibilidad que tiene siempre el cónyuge usuario de inscribir su derecho —cfr. disposición adicional citada ley 7-7-1981—.

Ahora bien, como ya vimos al principio, la prohibición de disponer (que en este caso, como en el anterior, no se configura como una figura restrictiva unilateral, sino a través de la exigencia del consentimiento de un tercero —en este caso el otro cónyuge en atención a la protección del hogar familiar—), no sólo tiene como efecto la atribución de una legitimación especial para impugnar el acto —aspecto positivo—, sino que supone la configuración de un litis consorcio pasivo necesario —aspecto negativo—.

Así ya hemos anticipado cómo por *S.T.C. de 31 de octubre de 1986,* el Tribunal Constitucional otorgó amparo al cónyuge al que en la sentencia de separación se había atribuido el uso de la vivienda familiar, en un juicio de deshaucio ejercitado únicamente contra el marido, único titular y firmante del contrato de arrendamiento.

De esta S.T.C. se deduce:

a) Que a pesar de estar en régimen de *arrendamiento* concertado por uno de los cónyuges, cabe atribución del uso de la vivienda al otro cónyuge no titular del arrendamiento, si bien en tal caso más que derecho de uso, existirá una equiparación legal de ambos cónyuges como sujetos del contrato de arrendamiento.

b) Que existe un *litis consorcio pasivo necesario* en este caso, entre cónyuge titular del arrendamiento y el favorecido por la prohibición.

Dice la Sentencia en efecto que:

«Ateniéndonos al caso es evidente que el artículo 96 C.C. ha creado un litis consorcio pasivo necesario, al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual. La consecuencia procesal, es pues, la necesidad de traer a juicio a los dos para evitar, que ausente uno, pueda éste verse afectado sustancialmente en su derecho material por la sentencia dictada contra el otro, con eficacia de cosa juzgada, esto es, con indefensión insubsanable.»

III. Prohibición de disponer la explotación familiar agraria

Por la misma razón de protección del interés familiar, el *artículo 13* de la ley de 24-12-1981 que aprobó el Estatuto de la Explotación familiar agraria y de los profesionales jóvenes, establece:

«En caso de matrimonio, si la titularidad de la explotación recae en ambos cónyuges, para disponer de la explotación de algunos de los inmuebles que la integran será preciso el consentimiento de los dos o en su caso, autorización judicial con independencia del carácter común o privativo de dichos bienes.

Faltando el consentimiento de uno de los cónyuges o la autorización judicial, los actos dispositivos que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se omitió o de sus herederos, durante el plazo de cuatro años desde la realización del acto. No obstante, serán nulos los actos dispositivos a título gratuito sobre bienes inmuebles comunes si faltare dicho consentimiento.»

Este precepto mezcla dos cosas distintas como ya vimos hacía ei artículo 1.322 C.C. en relación con el 1.320:

a) Una de ellas no supone sino reiteración de lo que —siendo lógico— establece el artículo 1.322 del C.C., esto es, la posibilidad de *anulación de las enajenaciones onerosas* efectuadas sobre bienes comunes unilateralmente por uno de los cónyuges y la *nulidad absoluta*

de las enajenaciones gratuitas, fiel al principio de administración y disposición conjunta de los bienes comunes (artículos 1.375 a 1.378 del C.C.). Ello no supone en absoluto la constitución de una prohibición de disponer, sino —por el contrario— la suavización de los efectos ordinarios que la falta de legitimación conlleva (en cuanto que admite la eficacia salvo impugnación de las enajenaciones onerosas efectuadas por un solo cónyuge sobre bienes comunes).

b) Otro aspecto *sí constituye propia prohibición de disponer:* el citado artículo no permite disponer de bienes privativos aportados a la explotación familiar —cuya afectación a la explotación constará al margen de la inscripción de los mismos si son inmuebles inscritos (artículo 10 párrafo, 2.º)— sino con el consentimiento de ambos cónyuges —aunque estén en separación de bienes—, siempre que ambos cónyuges sean titulares de la explotación —asentimiento a la disposición por el cónyuge no titular—.

DIFERENCIAS DE LAS PROHIBICIONES LEGALES CON FIGURAS AFINES

I. Supuestos de falta de legitimación si no se cumplen ciertos requisitos legales

Ya hemos estudiado cómo las prohibiciones de disponer no pueden confundirse con los supuestos de falta de legitimación o legitimación supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos legales —v.gr. artículo 166 C.C.— a cuyo estudio anterior me remito.

En efecto, el *ámbito de actuación sobre el que inciden las prohibiciones de disponer es el poder o facultad de disposición,* que lo restringen, aunque siempre presuponen que se tenga legitimación para disponer sobre el inmueble.

Las prohibiciones de disponer, precisamente son un impedimento, bajo sanción de nulidad absoluta, para el ejercicio de la facultad de disposición por quien tiene la legitimación para su ejercicio. Es cierto que como consecuencia de la prohibición de disponer el ordenamiento deja de reconocer eficacia o idoneidad al acto dispositivo, pero no lo hace incidiendo sobre la relación existente entre el sujeto y el objeto de disposición —legitimación— sino sobre la facultad misma de disposición —contenido mismo del derecho subjetivo—.

Por eso son distintas las consecuencias de la prohibición de disponer —nulidad absoluta o excepcionalmente anulabilidad en los supuestos en que así se prevea y que hemos estudiado como formas especiales de prohibiciones de disponer— de los efectos de la falta de legitimación propiamente dicha —inoponibilidad en la esfera del titular—.

Si no se tiene legitimación para disponer —caso del artículo 166 C.C. mientras no exista autorización judicial—, no quiere decir que si se enajena el acto sea nulo (ni nulidad absoluta ni anulabilidad): el acto es totalmente ineficaz en la esfera jurídica del titular, y sólo lo será si se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento para completar la legitimación.

II. Supuestos en que la enajenación atribuye un derecho de adquisición preferente

En efecto, no cabe confundir las prohibiciones de disponer con los *derechos de adquisición preferente,* los cuales se diferencian en que:

a) Los derechos de adquisición preferente no sólo no excluyen la enajenación sino que la *presuponen,* pues sin ella no cabe su ejercicio.

b) Su efecto no es la nulidad de la enajenación sino la posibilidad de *subrogación* de un tercero en la posición jurídica de comprador en los mismos términos que resultaban para éste de las cláusulas del negocio dispositivo.

c) Atribuyen a su titular un *verdadero derecho subjetivo,* susceptible de transmisión o renuncia, a diferencia de la posición jurídica del beneficiario de la prohibición, que no ostenta facultad alguna de contenido patrimonial.

Así los derechos de adquisición preferente de origen convencional, pueden configurarse como verdaderos derechos reales *transmisibles,* en cuyo caso serán transmisibles inter-vivos a cualquier persona o mortis-causa a los herederos del titular, sin perjuicio de que habrá que determinar el plazo de duración para no constituir un gravamen indefinido (v.gr. se pacta que «A» —sin mayores precisiones— o que «A y sus herederos tendrán derecho de tanteo sobre la finca, de manera que deberá notificarse el precio y demás circunstancias esenciales de la transmisión, para que lo ejercite en el plazo de treinta días siguientes a la notificación o al conocimiento de la enajenación sino se le hubiera

hecho la notificación, derecho que se extinguirá a los veinte años del otorgamiento»).

Unicamente no serán transmisibles —por excepción— si expresamente se configuran «*intuito personae*», en cuyo caso se extinguirán una vez fallecido el titular (v.gr. se estipula por el titular que «mientras viva A, dados los vínculos afectivos existentes con el titular, deberá ser notificado de la transmisión de la finca, y en los treinta días siguientes podrá ejercitar el tanteo»).

Por el contrario, la posición del favorecido por la prohibición no es transmisible inter-vivos ni mortis-causa y sólo cuando expresamente se prevea en el título constitutivo podrán ser tenidos en cuenta los herederos del favorecido o de la persona cuyo consentimiento se exija para realizar el acto dispositivo (v.gr. «A no podrá vender sin consentimiento de B o de sus herederos hasta el máximo de dos generaciones»), no cuando nada se diga (v.gr. «A no podrá vender sin consentimiento de B», en cuyo caso ninguna atribución corresponde a los herederos de B), pero sin que —en el primer caso— tal determinación constituya propiamente fenómeno sucesorio en la situación jurídica de beneficiario, sino más bien supone constituir de presente una prohibición de disponer a favor de varios beneficiarios, algunos de los cuales serán determinados en el futuro por referencia a la herencia del primero, y siempre con el máximo temporal previsto por el artículo 781 C.C. (no es que se herede la posición de beneficio sino que el beneficio se extiende a los herederos).

d) La voluntad privada puede configurar derechos de adquisición preferente —opción de compra, venta a carta de gracia o retracto convencional, tanteos y retractos convencionales— o pueden venir impuestos por la ley —tanteos y retractos legales—, pero solamente pueden ser referidos o configurados excluyendo *transmisiones a título oneroso,* en la medida que no cabe subrogación en la posición jurídica de adquirente a título gratuito a impedirlo la propia causa o razón de ser del negocio ludcrativo que es el respeto a la voluntad reguladora del otorgante (artículos 675 y 1.274).

No cabe confundir esto con la posibilidad —existente— de configurar derechos de adquisición preferente en herencias y donaciones —verdaderas estipulaciones en favor de tercero, que requieren aceptación—.

Por el contrario, la prohibición de disponer puede excluir tanto transmisiones onerosas como gratuitas —a salvo la sucesión mortis causa, cuyo único efecto es el sometimiento del heredero a la misma prohibición

que afectaba al causante— lo cual dependerá del título constitutivo o de la ley que la imponga.

e) Tanto los derechos de adquisición preferente como las prohibiciones de disponer sólo son propiamente tales cuando están publicados y —en consecuencia— tienen plenos *efectos erga omnes.* Pues bien, tratándose de prohibiciones de disponer de origen voluntario, esto sólo se consigue en las derivadas de negocios gratuitos, únicas que en el Derecho Común son inscribibles (artículo 26 L.H.) —además de aquéllas cuyo origen sea la propia ley—, sin perjuicio de que sería más ventajoso para la contratación en general —como veremos más adelante— admitir la publicidad de las prohibiciones impuestas en actos a título oneroso cuando el interés sea digno de protección —causa suficiente—.

Por el contrario, los derechos de adquisición preferente pueden gozar de publicidad registral, sean impuestas a título gratuito (v.gr. derecho de tanteo a favor de los coherederos impuesta por el causante sobre bienes de la herencia para el caso de enajenación por un heredero del inmueble a él prelegado) o a título oneroso (opción de compra, retracto convencional, etc.).

f) Las prohibiciones de disponer determinan el *cierre registral* al adolecer el acto dispositivo de falta insubsanable —por nulidad absoluta— mientras que los derechos de adquisición preferente no lo producen.

Así lo explica la *S.T.S. de 9 de junio de 1990,* referente al *derecho de opción,* en los siguientes términos:

«Con la inscripción y por efecto de la publicidad registral el derecho de opción se opone erga omnes, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho de opción de compra, pero sin que tal inscripción opere el cierre del Registro, por lo que el propietario de una finca, concedente del derecho de opción de compra, aun después de su inscripción en el Registro, puede enajenar o gravar la cosa, ya que tal derecho no implica prohibición de disponer o enajenar y sí tan sólo una facultad preferente de adquirir a favor del optante, si bien cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, ésta surte efecto contra ese comprador (...) pudiendo exigir de todo propietario del inmueble afectado, ya sea el concedente, sean posteriores adquirentes, la venta de la cosa afectada» (Considerando octavo).

La opción de compra, sin embargo, *se diferencia de los tanteos legales y convencionales,* en que éstos, si bien no determinan el cierre

registral, no permiten practicar la inscripción de la enajenación en el Registro de la Propiedad en tanto no se justifique la notificación al titular preferente —cfr. artículo 55 de la L.A.U. de 24-12-1964, que califica de subsanable el defecto y artículo 95 L.R.U. de 25-7-1990 que ahora veremos—.

Así lo confirma la *R.D.G.R.N. de 19 septiembre de 1974* para la cual la existencia de un derecho de tanteo inscrito produce el cierre del Registro respecto de las enajenaciones verificadas sin notificación a su titular o sin transcurso del plazo para su ejercicio, y siempre que se haya configurado el tanteo como propio derecho real y no como un pacto de alcance puramente obligacional.

En todo caso, los derechos de adquisición preferente —al igual que las prohibiciones— pueden tener su causa inmediata en la ley o en la autonomía de la voluntad (que juega mayor papel, como se ha visto, en los derechos de adquisición preferente, al permitir su constitución tanto en negocios gratuitos como onerosos), pero siempre con sujeción a las exigencias del sistema.

A) Son en este sentido *tanteos y retractos de origen legal* —entre otros— los siguientes:

1. *Urbanismo.* Los artículos 90 y ss. de la L.R.V.S. de 25-7-1990 prevén el establecimiento de unas zonas delimitadas donde las transmisiones onerosas de terrenos quedarán sujetas a los derechos de tanteo y retracto por la corporación respectiva —derecho de retracto que se establece como preferente a cualquier otro (art. 93)—.

2. *Arrendamientos.* Los artículos 47 y ss. de la L.A.U. de 24-12-1964 regulan los derechos de tanteo y retracto del inquilino y arrendatario de local de negocio en caso de venta del inmueble arrendado por el propietario.

La *R.D.G.R.N. de 5 de septiembre de 1991,* en base al «*criterio restrictivo* que debe presidir la interpretación de las limitaciones del derecho de propiedad», niega que pueda existir derecho de tanteo y retracto legal a favor del arrendatario en caso de *aportación* de un inmueble arrendado a una compañía mercantil.

Igualmente los artículos 86 y ss. de la L.A.R. de 31-12-1980 prevén un derecho de tanteo y retracto a favor del arrendatario en toda enajenación inter vivos de fincas rústicas arrendadas, que se consideran

preferente a cualquier otro, a salvo el retracto de colindantes del artículo 1.523 C.C. —artículo 94 L.A.R.—.

3. *Colindantes, comuneros y coherederos.* El C.C. reconoce en el artículo 1.522 el derecho de retracto en caso de enajenación a un extraño de una parte de los demás condueños y el 1.523 el retracto a favor de colindantes en caso de enajenación de una finca rústica cuya cabida no sea superior a una hectárea —si bien el retracto de comuneros excluye al de colindantes (artículo 1.524 C.C.)—.

Igualmente el artículo 1.067 reconoce a los coherederos derecho de retracto en caso de que uno de los herederos vendiese a un extraño su derecho hereditario antes de la partición.

4. *Enfiteusis.* El artículo 1.636 del C.C. reconoce recíprocamente al dueño directo y al útil, los derechos de tanteo y retracto en caso de venta o dación en pago de su respectivo dominio —igualmente el artículo 1.656 para el censo a primeras cepas—.

5. *Patrimonio histórico-artístico.* El artículo 38 de la L.P.H.E. de 25-6-1985 prevé un derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración del Estado en caso de enajenaciones de bienes declarados de interés cultural o integrante del Patrimonio Histórico español.

En todo caso, nosotros defendemos —fruto de la idea que orienta este trabajo de fomentar el tráfico inmobiliario— la regla del *carácter restrictivo* de estas figuras, que debe llevar a la necesidad, no sólo de evitar la aprobación de nuevos supuestos, sino de conjugarlas con los principios hipotecarios de publicidad, en el sentido de hacer efectivos tales derechos tan sólo frente al comprador inicial pero *no frente a subadquirente protegido por la fe pública registral,* de manera que no perjudicarán a subadquirentes que inscribieron una vez transcurrido el plazo para ejercitar el retracto, aunque procesalmente la demanda de retracto se haya interpuesto en dicho plazo, a menos que con anterioridad a la inscripción a su favor se hubiera anotado la demanda contra el comprador inicial.

B) En cuanto a los *tanteos y retractos convencionales,* habrá de ser configurados por los interesados como verdaderos derechos reales, pues de lo contrario no tendrían más que un alcance puramente obligacional (en consecuencia no inscribibles y sin eficacia frente a terceros). Es decir, deberán cumplirse los requisitos exigidos por nuestro Ordenamiento jurídico para que la voluntad privada pueda configurar derechos reales, requisitos que fueron recogidos en la *R.D.G.R.N. de 20 de sep-*

tiembre de 1966, que admitió la inscripción del tanteo convencional, a saber:

a) Que no se cree un mero derecho de crédito o personal, sino que se conceda al titular la facultad «erga omnes» de adquirir frente a terceros.

b) *Plazo* determinado y breve *para el ejercicio* del derecho de adquisición preferente, a contar desde que se notifique la enajenación —tanteo— o desde que se tenga conocimiento de ella —retracto—.

c) *Plazo de duración* del derecho de adquisición en sí, de manera que no se cree una vinculación del inmueble (tampoco, caso de configurarse como transmisible, podría exceder del plazo establecido para las sustituciones y prohibiciones, esto es, del segundo grado a que se refiere el artículo 781 C.C.).

d) *Interés legítimo* que justifique su constitución (v.gr. facilitar el cese en la indivisión en el supuesto de la citada resolución).

Si no se cumplen estos requisitos, el derecho de adquisición preferente tendrá alcance puramente obligacional, a diferencia de las prohibiciones de disponer no inscritas, que deben ser consideradas nulas, pues al carecer de efectos reales no se habrían cumplido los elementos *causales* necesarios exigidos por el ordenamiento jurídico para la protección de la figura, de manera que no debería traducirse ni siquiera en una mera indemnización de los perjuicios causados (inscripción constitutiva), a salvo los efectos derivados del enriquecimiento injusto.

III. Supuestos de mero compromiso obligacional de no disponer exigido por la ley

Ya vimos cómo las obligaciones de no disponer no pueden identificarse con las propias prohibiciones de disponer, en la medida que éstas para ser propiamente tales, deben tener eficacia real «erga omnes», de lo cual carece un mero pacto obligacional, que ni siquiera es inscribible en el Registro de la Propiedad.

Además los efectos son bien distintos, ya que mientras la contravención del pacto de no disponer determina la mera indemnización de los daños y perjuicios sufridos —previa demostración de que éstos se han producido—, la infracción de una prohibición determina la nulidad absoluta del acto dispositivo, con carácter automático, y sin necesidad de probar los perjuicios sufridos.

Esto es así, aunque el pacto tenga su origen inmediato en la Ley. En efecto, para que el pacto de no disponer sea válido es preciso que esté reconocido por el ordenamiento jurídico, con los requisitos por él impuestos a las propias prohibiciones (ya estudiados con anterioridad —temporalidad, justa causa, especialidad—).

Pero existen supuestos en los que —además— el pacto de no disponer tiene su origen inmediato en la ley, por venir exigida expresamente por ella, lo cual no la convierte en prohibición legal de disponer: sigue siendo pacto obligacional entre la partes —generalmente una de ellas es la administración—.

Es por ejemplo el caso del *Decreto 20 junio 1990* de la Generalitat Catalana, sobre ayudas para la adquisición de viviendas, en cuyo artículo 8 se establece que:

«Los adquirentes perceptores de la subvención prevista en el artículo 6 deberán manifestar, en el momento de la solicitud de la subvención, el compromiso de no vender la vivienda adquirida durante el plazo de cinco años si previamente no han devuelto el importe de la subvención obtenida además de los intereses legales desde el momento de su percepción. Dicho compromiso deberá hacerse constar en la escritura de venta (...)».

Aunque conste en la escritura, es evidente que dicho pacto no será inscribible en el Registro de la Propiedad, por carecer de trascendencia real —artículo 9 R.H.— en la medida que tiene alcance puramente obligacional.

IV. Supuestos en que la adquisición requiere una autorización administrativa previa

Tampoco cabe confundir las prohibiciones de disponer con aquellos supuestos en que la adquisición inmobiliaria está supeditada por ley a una autorización administrativa, previa o posterior, como ocurre en materia de control de cambios o en las zonas de acceso restringido.

A. *Legislación sobre control de cambios*

El Reglamento de Inversiones Extranjeras aprobado por R.D. 25-9-1986 establece en su artículo 12 párrafo 2.º:

«Son igualmente libres, pero sujetas al trámite de verificación administrativa, las inversiones que tengan por objeto la adquisición de bienes

inmuebles por personas jurídicas extranjeras, así como las inversiones en bienes inmuebles que pretendan realizar las personas físicas extranjeras no residentes en España, mediante: a) la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza rústica, b) la adquisición de solares, considerados como urbanos conforme a la legislación del suelo y ordenación urbana; c) la adquisición de locales comerciales, d) la adquisición de más de tres viviendas en un mismo inmueble o en general de más de tres unidades de una misma división horizontal.»[16]

Explica Miquel Calatayud cómo ha de justificarse además la procedencia exterior del dinero con certificación bancaria o constancia al dorso del talón conforme a la R.D.G.T.E. de 28-4-1982, salvo que se trate de extranjero residente o español no residente, respecto de los cuales existe una presunción de que no son inversiones extranjeras —artículo 1 párrafo 5 del citado Reglamento—. También cabría que el extranjero no residente —que sí incurre en inversión extranjera— compre no con aportación dineraria exterior sino con el saldo de una cuenta en pesetas ordinarias, en cuyo caso no se precisa verificación administrativa salvo que quieran tener derecho de transferencia al exterior, pero habrá que justificar la procedencia del dinero[17].

En efecto, la disposición adicional quinta exige a notarios y Registradores abstenerse de autorizar o inscribir documentos que requieran autorización especial sin que los interesados los exhiban, calificando en general los actos contrarios al Reglamento de nulos de pleno derecho —disposición final 1.ª—.

Sin embargo, la *S.T.S. de 3 de enero de 1991* parte de un criterio menor riguroso en cuanto al grado de ineficacia, lo que unido al carácter contingente o externo al negocio jurídico de la necesidad de verificación administrativa, hace que tales supuestos se diferencien de las propias prohibiciones de disponer, las cuales inciden sobre la esencia del derecho subjetivo, afectando a la estructura y validez del negocio celebrado —nulidad radical—.

En el mismo sentido de flexibilidad, la citada *S.T.S. 3-1-1991* respecto a un supuesto de adquisición en documento privado de una finca por un extranjero, que inicialmente no había obtenido autorización de la D.G.T.E., y cuya nulidad se demandaba, afirma que:

---

[16] El Real Decreto de 2 de julio de 1992 sobre inversiones extranjeras liberaliza totalmente las adquisiciones de inmuebles cuyo valor no supera los 500 millones de pesetas.

[17] Miquel Calatayud, Conferencia B.C.E.H.C., pág. 19.

«(...) no puede en estricta justicia más que reconocerse que la legislación sobre control de cambios y sobre inversión extranjera en España es singular y excepcional en función de circunstancias político-sociales y económicas de carácter coyuntural, y que sus dictados proyectan sobre los negocios puramente civiles la necesidad de cumplir requisitos meramente contingentes cuando estos negocios cumplen con los requisitos sustantivos prevenidos en el C.C. (...)». Y concluye afirmando la validez de la compraventa, pese a la falta inicial de autorización.

B. *Enajenaciones a favor de extranjeros en zonas de acceso restringido*

En las zonas de acceso restringido por razón de la Defensa Nacional reguladas por ley de 12 de marzo de 1975, ya que en su artículo 18 se establece que:

«En las zonas de acceso restringidio a la propiedad por parte de extranjeros, quedan sujetos al requisito de la autorización militar (...) a) la adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase. b) la constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres, y demás derechos reales sobre fincas a favor de personas extranjeras (...) Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los centros y zonas que se declaren de interés turístico nacional (...).

Además es obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad de todos los actos y contratos en los que se reconozca, modifique, transmitan o extingan en favor de personas físicas extranjeras el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles, de manera que en caso de no inscripción en el plazo de dieciocho meses siguientes a sus respectivas fechas, incurrirán en nulidad de pleno derecho (artículo 21 de la citada ley).

Este precepto, es aplicable a las zonas de acceso restringido que se expresan en el artículo 32 del Reglamento de 10-2-1978 —zonas insulares y fronterizas— y en Anchuras en el perímetro establecido en la ley de 20-7-1988, y no es aplicable a los extranjeros ciudadanos de la C.E.E. según resolución de la Dirección General de Política de Defensa del Ministerio de Defensa de 18-9-1986 —salvo Ceuta y Melilla—.

Pero la configuración de la inscripción en el Registro de la Propiedad

—para la cual se requiere autorización militar— como requisito obligatorio para la validez de la enajenación a favor de extranjeros en las citadas zonas de acceso restringido, no supone a sensu contrario, que tales enajenaciones estén sujetas a la prohibición de adquisición sin autorización militar.

Sería aquí aplicable lo establecido por la citada *S.T.S. de 31 enero 1991,* para la cual la autorización administrativa «por su índole ocasional y contingente a la esencia estructural del negocio civil, no podía trascender a la propia causa onerosa del contrato prevista en el artículo 1274 del C.C.», admitiendo por tanto las autorizaciones a posteriori sin que entretanto el negocio sea radicalmente nulo.

Se trata, por tanto, en ambos casos —inversiones extranjeras y zonas de acceso restringido—, con distinto alcance, de *requisitos extrínsecos* al negocio jurídico que no afectan a la validez del mismo, y por tanto no son propias prohibiciones de disponer.

PROHIBICIONES PROCESALES

Las prohibiciones procesales, de carácter transitorio, finalidad cautelar y constancia registral a través de anotación preventiva, puede ser administrativas o judiciales. En realidad son todos supuestos de *prohibiciones legales,* en la medida que tienen su reconocimiento expreso en la ley, si bien en estos casos sus efectos sólo se producen desde que se anotan preventivamente en el Registro de la Propiedad.

I. Procedimientos administrativos

Entre las derivadas de *procedimientos administrativos* podemos destacar las ordenadas por el *Ministerio de Economía* en aplicación de la legislación sobre ordenación del seguro privado de 2-8-1984, en cuyos artículos 42 párrafo 2 letra e), 33 y 36 se prevé una anotación preventiva de prohibición de disponer —de las pocas previstas legalmente de carácter administrativo— sobre los inmuebles de las entidades aseguradoras intervenidas que en los mismos se expresan.

La *R.D.G.R.N. de 14-7-1987* se planteó precisamente la posibilidad ya de esta anotación preventiva, dictada al amparo de la citada ley —que tenía carácter de Ley de Bases— y antes de la aprobación del

Reglamento de Ordenación del Seguro Privado de 1 de agosto de 1985, llegando a aceptar su admisibilidad, aunque poniendo en cuestión la competencia de la Dirección General de Seguros —y no del Ministerio de Economía— para ordenar su anotación.

II. Procedimiento judicial

Entre las prohibiciones procesales derivadas de un *procedimiento judicial* podemos destacar las siguientes:

1. *La anotación preventiva de prohibición de disponer*

Las prohibiciones de disponer de carácter administrativo y judicial, acceden al Registro por vía de un asiento de *anotación preventiva.*

A ella se refiere el *artículo 42 párrafo 4.º L.H.,* a cuyo tenor:

«Podrá pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en los Registros correspondientes (...)

4.º. El que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación obtuviera, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o *prohibiendo la enajenación* de bienes inmuebles.»

Se trata por tanto de una prohibición *temporal,* de vigencia más reducida que las prohibiciones voluntarias, en la medida que estarán sujetas al plazo ordinario de duración de las anotaciones preventivas, esto es, de cuatro años a contar de la fecha de la propia anotación, si bien cabe la posibilidad de que se decrete su *prórroga,* en cuyo caso no caducarán hasta que finalice el procedimiento en el que se acordaron (artículo 199 párrafo 2.º R.H.).

Constituyen además una *excepción al artículo 71 L.H.,* el cual establece que:

«Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se ha hecho la anotación.»

La razón radica en que la anotación preventiva tiene por finalidad precisamente el *cierre registral* a los actos dispositivos del titular.

Ya veremos, al estudiar los efectos de las prohibiciones de disponer, que los únicos actos dispositivos que no están afectados por el cierre

registral, son los derivados de asientos anteriores, pues señala el *artículo 145 R.H.* que «no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación» (que como veremos debe ser correctamente interpretado, en el sentido de que lo que se podrá inscribir son los actos dispositivos derivados de asientos anteriores a la anotación misma).

En cuanto a los *supuestos* en que se pueden practicar, existe cierta *indeterminación* en cuanto que el *artículo 1428 L.E.C.* da un gran margen de maniobra al juez, al establecer:

«Cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o de no hacer, o de entregar cosas específicas o determinadas, el Juez podrá adoptar a instancia del demandante las *medidas,* que según las circunstancias, sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.»

Esta indeterminación ha sido matizada en el sentido de que la anotación debe recaer en juicio ordinario incluido el de testamentaria y abintestato (R.D.G.R.N. de 20-2-1909).

2. *Las derivadas del retracto legal*

Las prohibiciones de disponer derivadas de la adquisición de inmuebles en virtud de retracto legal, están sancionadas en el artículo 1.618 L.E.C. que prohíbe al retrayente la enajenación de la finca durante dos años —si el retracto es gentilicio— a menos que venga a peor fortuna, o durante cuatro —si es de comuneros—, o durante seis años —si el retracto es ejercitado por el titular del dominio directo o el del útil en caso de enfiteusis—.

Aunque parece configurarse como un mero compromiso de no enajenar por parte del retrayente, el hecho de que el artículo 628 L.E.C. prevea la expedición de un mandamiento al Registrador de la Propiedad para su toma de razón, dotan de eficacia real a los citados compromisos de no enajenar.

Y sobre todo, el que el *artículo 1.630 L.E.C.* califique de nulo el acto dispositivo realizado en su contravención, confirman que es una propia prohibición de disponer —pese a la dicción del artículo 1.618—. En efecto, el artículo 1.630 L.E.C. establece:

«La enajenación que se hiciere antes de los respectivos plazos, sin la conformidad del comprador vencido, será nula, quedando también sin efecto el retracto si el comprador lo solicitare.»

Viene a conformarse, por tanto, la prohibición, no como mera restricción de la facultad dispositiva, sino mediante la exigencia de la intervención del comprador —fórmula ésta también constitutiva de propia prohibición de disponer como ya vimos—.

3. *Bienes ganados en rebeldía del demandado*

Un supuesto de *prohibición legal de disponer* —procesal judicial— es el regulado en el *artículo 787 L.E.C.* a cuyo tenor:

«Las sentencias firmes dictadas en rebeldía del demandado podrán ser ejecutadas, salvo el derecho de éste para promover contra ellas el recurso de rescisión o audiencia expresado en los artículos anteriores.

El que haya obtenido la sentencia no podrá, sin embargo, disponer libremente de las cosas de que se le haya dado posesión hasta transcurridos los términos antes señalados para oír al litigante condenado por ella (...).

En todo caso el que haya obtenido la sentencia en rebeldía de su contrario podrá pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad».

El *recurso de audiencia* a que se refiere este artículo se desarrolla en los artículos 771 al 784 de la citada ley, que exigen la concurrencia de los siguientes *requisitos:*

a) Que al condenado en rebeldía *no le hubiera sido notificado personalmente la sentencia,* pues en tal caso sólo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación y el de casación cuando proceda (artículo 771).

b) Que *no hubiera podido comparecer en juicio por fuerza mayor* a pesar de ser demandado personalmente, siempre que lo solicite en el plazo de cuatro meses a contar de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial de la Provincia (artículo 775); o que por *no haber sido demandado personalmente* sino por cédula entregada a sus parientes o vecinos acredite cumplidamente que una causa no imputable al mismo haya impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada y lo solicite en el plazo de ocho meses a contar de la citada publicación

(artículo 776); o que por *haber sido emplazado por edictos* acredite en el plazo de un año, no conocer la celebración del juicio por haber estado ausente del lugar de su última residencia y del pueblo en que se hubiera seguido el juicio (artículo 777).

En estos casos cabe la *rescisión de la sentencia firme,* a través de la audiencia regulada en cuanto a sus trámites por el artículo 783 de la L.E.C.

En todo caso *quedan exceptuados los juicios ejecutivos* o cualquier otro que no produzca la excepción de cosa juzgada (artículo 789 L.E.C.). Es decir, no existe prohibición de disponer cuando la adjudicación se ha derivado de la ejecución de un crédito, bien sea a través del ejecutivo ordinario o del procedimiento judicial sumario del artículo 131 L.H. —por tratarse de un crédito hipotecario—, ni tampoco cuando la propiedad se ha reconocido a través de un *expediente de dominio,* pues no tiene efectos de cosa juzgada y permite la incoación del correspondiente juicio declarativo contradictorio (artículo 284 R.H.) de la misma manera que los juicios ejecutivos también dejan a salvo el derecho de las partes a promover el ordinario sobre la misma cuestión (artículo 1.479 L.E.C.).

Es decir, que la *prohibición de disponer* sólo rige cuando se trate de *juicio declarativo* del que resulte la propiedad del demandante sobre el inmueble y el demandado haya sido condenado *en rebeldía* sin citación personal de la sentencia.

En tales casos, el favorecido por la sentencia no puede disponer de los bienes hasta transcurrido un año desde la publicación de la misma en el Boletín Oficial de la Provincia, debiendo el Registrador entre tanto denegar la inscripción a favor del favorecido por la sentencia, pues el último párrafo del artículo 787 L.E.C. sólo autoriza al que haya obtenido la sentencia en rebeldía de su contrario a pedir la anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad.

Ello no obstante, cabría también la inscripción a su nombre de los inmuebles siempre que se hiciera constancia de la *prohibición de disponer* en el cuerpo de la inscripción, sin que baste entender que la prohibición legal surte sus efectos frente a terceros sin necesidad de inscripción, no sólo por lo utópico de la presunción de conocimiento por terceros de las prohibiciones legales, sino por lo expreso de la disposición del artículo 787 L.E.C. que sólo autoriza al actor a la anotación preventiva de su derecho.

CAPITULO TERCERO

LIMITACIONES INSTITUCIONALES DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE LAS PROHIBICIONES CON LAS LIMITACIONES ESTATUTARIAS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Los *estatutos* de la propiedad horizontal podrían *definirse* a la luz del artículo 5.º de la L.P.H. de 21-7-1960, como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del derecho de copropiedad sobre los elementos y servicios comunes de un edificio dividido horizontalmente, así como el uso o destino del mismo, de sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, y el régimen de gastos, administración, gobierno, seguros, conservación y reparaciones del total edificio, las cuales no perjudicarán a tercero si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

Fernández Golfín considera que el estatuto jurídico de la propiedad inmueble tiene una *triple finalidad:* a) lograr la seguridad del destino perpetuo; b) conseguir la permanencia en el uso; c) conseguir el máximo grado de exclusividad en el uso. Ello se logra a través de la regulación de un estatuto jurídico dentro del cual podrán darse genuinas servidumbres y derechos reales típicos, pero junto a los cuales se situará también un conjunto de reglas cuyo *carácter real* deriva del hecho de que sirven de delimitación del uso, aprovechamiento y cargas de la propiedad[1].

Desde el punto de vista de nuestro estudio, interesa plantearse las siguientes cuestiones:

1.ª. *Naturaleza de título constitutivo*

La generalidad de la doctrina niega que estemos ante un negocio de disposición.

---

[1] Fernández Golfín, op. citada, página 100.

Se trataría de una declaración de voluntad que afecta al dominio, pero que no tiene el carácter de enajenación o gravamen en sentido clásico, si bien produce sobre la casa unos efectos, que si bien no suponen carga económica, la modifican de tal manera que en muchos casos podría considerarse como más importante que un gravamen, esto es, no sería ni un negocio típico de disposición ni de un negocio típico de administración[2], se trataría de un negocio configurativo[3] o de destinación efectuado por el propietario[4].

Nosotros ya lo hemos definido como *negocio de riguroso dominio,* que trasciende la mera administración ordinaria y habitual, pero sin constituir una limitación del derecho[5].

En definitiva, la consecuencia de su naturaleza *no dispositiva* es que no queda afectada por la existencia —en su caso— de una prohibición de disponer sobre el inmueble, menos aún si expresamente se hubiera calificado de prohibición de enajenar, de manera que para impedir la declaración de un inmueble urbano en régimen de propiedad horizontal sería preciso una prohibición expresa en tal sentido —siempre que existiera una *justa causa* que justificase la prohibición, como la de mantener unida la explotación del inmueble, similar v.gr. a la que respecto a los garages ha justificado la exclusión de la acción de retracto—.

2.ª. *Efectos reales de la inscripción en el Registro de la Propiedad*

Sólo mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad son eficaces las limitaciones impuestas en los estatutos frente a tercero. Así se deduce claramente del artículo 5.º L.P.H. antes citado.

Su naturaleza real no impide que en determinados casos se incluyan estipulaciones de alcance puramente obligacional, que deberán ser denegados por el registrador.

Pero el contenido normal del estatuto *tiene vocación publicitaria* —como para las prohibiciones de disponer hemos defendido en este trabajo— de forma que sólo mediante la inscripción alcanzará su razón económica jurídica, que es la de regular un régimen jurídico del edificio en copropiedad frente a cualquier adquirente del bien.

---

[2] Fernández Golfín, op. citada, página 102.
[3] Monet, F., «Problemas de técnica notarial», Madrid, 1962.
[4] López Jacoiste citado por Fernández Golfín, op. citada.
[5] Vid. capítulo sobre concepto de prohibiciones.

3.ª *Posibilidad de contener derechos reales limitados pero no prohibiciones de disponer*

En este sentido, el *título constitutivo* que regula los estatutos de la propiedad horizontal, puede configurar *propios derechos reales,* bien porque se los reserva para sí el constructor —v.gr. derecho real de vuelo[6]— bien para regular las relaciones entre los diversos elementos privativos —v. gr. servidumbres recíprocas—.

Lo que en ningún caso parece posible es la *constitución de prohibiciones de disponer* sobre los pisos o departamentos independientes, pues aunque nosotros defenderemos una serie de supuestos de negocios —no sólo gratuitos sino onerosos— en los que puede estar justificada la imposición de prohibiciones de disponer, no incluimos el régimen de la propiedad horizontal, precisamente por su carácter no traslativo de propiedad —sino meramente configurativo— y por la falta de razón o *causa justificativa,* pues ya vimos que el objetivo del estatuto de la propiedad horizontal es fomentar al máximo el uso exclusivo de cada elemento independiente, hasta el punto de que el propio C.C. excluye figuras restrictivas similares de menos trascendencia, como los derechos de tanteo y retracto por este mero título (artículo 396 párrafo 3.º C.C.).

No puede estimarse tampoco como prohibición de disponer legal, lo preceptuado en el párrafo 2.º del citado artículo 396 C.C., a cuyo tenor:

«Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser *enajenadas, gravadas o embargadas* juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.»

No es una prohibición de disponer legal, sino un supuesto de *falta de objeto* —caso de que se pretendiera la enajenación de un elemento privativo sin su correspondiente cuota en los elementos comunes o viceversa—, porque como el propio artículo dice, tienen un destino jurídico común —anejo inseparable—.

En definitiva, los pisos independientes de un edificio en propiedad horizontal, no estará gravado con otras prohibiciones de disponer que las que puedan derivar de la finca matriz antes de la división o de las que se puedan constituir con posterioridad.

---

[6] Incluso fiscalmente, la reserva de vuelo debería tributar como constitución de derecho real según Menéndez Hernández, «Los impuestos indirectos», Madrid, 1990, pág. 267.

4.ª. *Posibilidad de regular un estatuto normativo limitativo del contenido normal del derecho de propiedad*

Aunque —como se ha dicho— no cabría incluir prohibiciones de disponer en sentido estricto (que excluyan la facultad de enajenación, gravamen o renuncia del bien) sí puede el estatuto normativo del régimen de propiedad horizontal establecer *limitaciones de uso o destino* normalmente contenidas en el derecho de dominio. Podemos citar como ejemplos:

a) *Prohibición de destino. Así la S.T.S. de 30 de noviembre de 1990,* reconoce la eficacia real de la cláusula por la que se prohíbe destinar a locales comerciales los sótanos y plantas del edificio, aunque niega que se infrinja en caso de establecimiento de círculos de recreo dedicados al esparcimiento de los asociados sin ánimo de lucro.

b) *Prohibición de uso* de un elemento común por los demás copropietarios, atribuyendo el uso exclusivo del mismo a uno o varios de ellos. Así la *S.T.S. de 20 de abril de 1991* considera que es válida la norma estatutaria por la que el uso de los elementos comunes que no lo son por naturaleza o esencia —v.gr. un patio interior— es atribuido a uno de los comuneros, sin menoscabo de su carácter.

c) *Prohibición de división de los pisos o locales sin consentimiento de la Junta de Propietarios.* Tal cláusula no vendría a decir otra cosa que lo dispuesto en el artículo 8.º de la L.P.H., cuyo alcance imperativo o meramente dispositivo es discutido doctrinal y jurisprudencialmente, pues mientras algunas sentencias consideran nulo tal pacto (S.T.S. de 7-2-1976, 31-1-1987) otras afirman la validez del mismo en base a su carácter no imperativo (S.T.S. de 5-5-1986), como pone de manifiesto la *R.D.G.R.N. de 26 de febrero de 1988* que establece que «teniendo en cuenta los intereses en juego no cabe dar carácter imperativo a las prescripciones del artículo 8 de la L.P.H., pues no hay razón de orden público que lo justifique. Es más imponer en todo caso para la modificación de las entidades hipotecarias la aprobación de la Junta de Propietarios, exigiendo su unanimidad, implica otorgar imperativamente a cada uno de ellos de un exagerado derecho de veto (...)».

Sin embargo, la jurisprudencia ordinaria insiste en lo contrario en la *S.T.S. de 3 de mayo de 1989,* al estimar que la división de los elementos independientes requiere la autorización de la Junta de Propietarios, y ante la negativa injustificada de ésta del Juez, sin que los estatutos puedan dispensar de tal exigencia.

5.ª. *Posibilidad de configurar titularidades «ob rem» y obligaciones «propter rem».*

Tampoco contradice lo dicho hasta ahora, que en los estatutos de la propiedad horizontal se configure la *titularidad de ciertos elementos privativos,* no personal e individualmente, sino por *referencia a la titularidad* de otros elementos.

Obligaciones «propter rem» y titularidades «ob rem», aspectos diversos de una misma realidad —obligaciones derivadas de ostentar una titularidad real y titularidad real derivada de otra titularidad— tienen así acceso a través de los estatutos de la propiedad horizontal, como excepciones al principio general de determinación clara y precisa de las titularidades registrales y de exclusión de obligaciones personales.

Lo único que se precisa es —volvemos a la misma idea— una *razón o causa* que lo justifique, como puede ser la unidad de destino, que en la propiedad horizontal aparece más definida que en otros negocios jurídicos.

Ello en ningún caso —insisto— supone configurar una prohibición de disponer.

Así lo ha venido a admitir la *R.D.G.R.N. de 3 de septiembre de 1982.*

Se trataba de inscribir la siguiente cláusula en los estatutos de la propiedad horizontal:

«La titularidad en pleno dominio del elemento número 6 de la propiedad horizontal corresponderá siempre a la persona o personas que en cada momento ostenten la de la finca 39.577 consistente en un local destinado a garage. Los sucesivos adquirentes adquirirán con la propiedad de su plaza de garage una cuota indivisa sobre el local objeto de esta norma estatutaria, sin que en ningún momento puedan quedar deslindadas las propiedades sobre ambos locales (...) quedando afectadas con carácter real las titularidades de ambos locales».

Frente al argumento del registrador de que la cláusula vulneraba el artículo 27 L.H. por establecer una prohibición de disponer, la R.D.G.R.N. admite la figura, en los siguientes términos:

«La figura encaja dentro de las *titularidades ob rem,* de las que constituye un ejemplo típico la servidumbre predial, que exige que entre las fincas cuyas titularidades se conectan deba existir, como *causa* económica y a la vez jurídica que justifique esta conexión, una

cierta *relación de destino,* dependencia, o accesoriedad e incluso de servicio, circunstancias todas ellas que se dan en el supuesto fáctico.

La admisibilidad de las titularidades ob rem no puede cuestionarse en nuestro sistema, dado el juego de la autonomía de la voluntad, al igual que sucede en las servidumbres voluntarias, y la relación física entre los inmuebles o correlación de destino justifica la conexión de titularidades entre ellos (...).

No parece justificada la infracción del artículo 27 L.H. ya que *no se establece prohibición de disponer* alguna, sino que por razón de la dependencia física y de destino de las fincas objeto de los respectivos derechos dominicales, *la disposición ha de ser conjunta,* como ya declaró la *R.D.G.R.N. de 20 de diciembre de 1973.»* (Considerando tercero, cuarto y sexto).

En esta R.D.G.R.N. de 20-12-1973 ya se había admitido un supuesto más claro de titularidad ob rem, en la medida que la norma estatutaria de vinculación de estableció entre un departamento privativo y un elemento procomunal, y además era entre departamentos de un mismo edificio.

En todo caso, lo que interesa destacar del *estatuto jurídico de la propiedad horizontal,* es que sin entrañar propias prohibiciones de disponer, configura el régimen de uso y utilización de los elementos en copropiedad e incide en las facultades que ordinariamente conforman el derecho de dominio sobre inmuebles privativos, constituyendo un conjunto de reglas —voluntariamente aceptadas por terceros adquirentes de los elementos independientes— que sólo produce sus naturales efectos (vincular a terceros) si están inscritos en el Registro de la Propiedad.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER Y LAS LIMITACIONES INSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS REALES

Antes de entrar en el estudio particular de las prohibiciones de disponer voluntarias, y una vez estudiadas las diferencias con el régimen normativo del estatuto de la propiedad horizontal, conviene también advertir las diferencias que existen entre ellas y lo que no son más que *limitaciones institucionales de la propiedad inmueble,* esto es, derivadas del contenido normal del derecho real en nuestro Ordenamiento.

I. En primer lugar la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles estarán sujetos en su creación a los *mismo requisitos que los demás derechos subjetivos.*

En este sentido, los negocios en virtud de los cuales se constituyan, trasmitan, reconozcan o extingan derechos reales, deberán ser válidos y por tanto reunir los requisitos generales exigidos por el artículo 1.261 C.C. *—consentimiento, objeto y causa—* y no ser contrarios a la *ley, a la moral ni al orden público* (artículo 1.255 C.C.).

II. Además los derechos reales deberán sujetarse a unos *requisitos propios* exigidos por el Derecho para su creación, pues aunque es admitida la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, siempre tienen que satisfacerse las necesidades estructurales que para la creación de derechos reales exige nuestro sistema inmobiliario.

En efecto, el *artículo 7.º R.H.* recoge el principio favorable a la nueva creación de derechos reales, al establecer lo siguiente:

«Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en los que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino *cualesquiera otros* relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de naturaleza real, que sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.»

Díez Picazo señala cinco límites del poder de creación individual en materia de derechos reales: voluntad, determinación, forma, publicidad y causa[7] que resumimos:

1.º *Voluntad:* El primer límite a la voluntad de creación de un derecho real es precisamente la de que afecte a las facultades del dominio o a las inherentes a derechos limitados.

2.º *Determinación:* Además de la necesaria determinación exigida por el artículo 1.273 C.C. con relación al negocio jurídico, el derecho real exige una precisa determinación de todos los elementos necesarios para su pleno desenvolvimiento como derecho real.

---

[7] Díez Picazo, «Fundamentos», tomo II, págs. 96 a 100. Producirá efectos obligatorios entre las partes en el orden.

3.º *Forma:* Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles deben constar en documento público (artículo 1.280 C.C.), de manera que un negocio jurídico no documentado en escritura pública sólo producirá efectos obligatorios entre las partes en el orden de los derechos reales inmobiliarios.

4.º *Publicidad:* Un negocio constitutivo de un derecho real, al que no se le haya dotado de la necesaria publicidad, y en particular de la inscripción en el Registro de la Propiedad, en relación con los terceros de buena fe no alcanza plena efectividad y por consiguiente, en alguna medida, no llega a ser auténtico derecho real (afirmación que nosotros acentuamos en sede de relaciones esencialmente publicitarias como es la que deriva de una prohibición de disponer).

5.º *Causa:* Junto a la causa del negocio, debe darse también una función económico-social suficiente, o lo que es lo mismo que se satisfagan necesidades jurídicas o económicas que de otro modo no se podrían llenar.

En concreto, la *D.G.R.N.* exige una serie de *requisitos estructurales* necesarios para la creación de derechos reales, en virtud del criterio de «numerus apertus» sancionado en el artículo 7.º R.H., a saber:

1.º *Razón justificativa suficiente,* esto es, que respondan a un interés legítimo.

2.º *Que se configuren con eficacia erga omnes.* Para decidir sobre el alcance personal o real de un derecho subjetivo deberá atenderse a los elementos y caracteres constitutivos del mismo, de manera que no podrán inscribirse los pactos meramente obligacionales.

3.º *Perfiles claros en la determinación* del derecho real, de manera que no serán admisibles figuras innominadas de derechos reales que contengan contornos borrosos *(R.D.G.R.N. de 5 junio 1987).*

4.º *Inviolabilidad de la libre circulación de los bienes,* de manera que la voluntad no pueda configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad inmueble (R.D.G.R.N. de 13-5-1936).

Por esta razón la *R.D.G.R.N. de 4 de enero de 1927* no admitió la eficacia de un pretendido derecho de adquisición preferente impuesto en una cláusula testamentaria a favor de los coherederos, en base a la indeterminación y duración indefinida del pacto:

«Contra la admisión de derechos reales como el de referencia militan gravísimas razones como son: el silencio de nuestra legislación sobre tal "preemptio"; la *duración indefinida* que se le atribuye; los vínculos que impondría a la propiedad frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas; la *indeterminación* de los plazos en que se haya de realizar la oferta y de los efectos de las ventas realizadas sin aviso (...).»

Por el contrario la *R.D.G.R.N. de 20 de septiembre de 1966* admitió la configuración del *derecho de tanteo como verdadero derecho real,* y no como un mero pacto obligacional, en un supuesto en el que se concedía al titular la facultad «erga omnes» de adquirir preferentemente, se concedía un plazo determinado y breve para su ejercicio, y no se establecía un gravamen perpetuo en cuanto se preveía un límite de tiempo transcurrido el cual se extinguiría el derecho, límite que respetaba lo dispuesto en el artículo 781 C.C.

III. Una vez cumplidos los requisitos de validez del negocio constitutivo y del derecho real en sí mismo, su desenvolvimiento se halla limitado por una serie de contornos normales fijados por el Derecho, alguno de ellos comunes a otros derechos subjetivos, que denominamos *limitaciones institucionales de la propiedad inmueble* y demás derechos reales.

Podemos citar como tales:

1.º *Límite del abuso de derecho*

Son numerosos los casos en que la facultad de disposición de un derecho está limitada por la doctrina del abuso del derecho (artículo 6.º C.C.). Podemos citar como ejemplos los siguientes:

a) No cabe *renuncia* a determinados derechos (derechos irrenunciables). Por eso no sería inscribible el pacto por el que el deudor hipotecario renuncia a la posibilidad de pago parcial y consiguiente posibilidad de cancelación parcial de la hipoteca *(R.D.G.R.N. de 27-1-1986).*

b) No cabe ejercitar un derecho real en contra del criterio de *equidad* (artículo 3-2.º C.C.). Así sería contrario a la equidad el pacto contenido en una escritura de renta vitalicia por virtud del cual se pudiera resolver la cesión del inmueble en caso de impago de la pensión, «sin obligación de devolver las pensiones recibidas» *(R.D.G.R.N. de 31-5-1951)* o como sería la condición resolutoria en caso de impago

de precio aplazado en una compraventa de inmuebles, sin obligación por parte del vendedor de consignar el precio recibido, sin que se pueda alegar una pretendida cláusula penal (a favor de su inscribibilidad, sin embargo, se ha pronunciado la *R.D.G.R.N. de 5-2-1990).*

2.º *No cabe renuncia de derechos en perjuicio de derechos adquiridos por terceros*

Así la *R.D.G.R.N. de 5 de abril de 1990* se planteó un supuesto de permuta de solar por obra futura, garantizada con condición resolutoria para caso de incumplimiento de la obligación de entrega por el constructor. Habiendo sido embargado el solar permutado, se pretende dejar sin efecto la permuta mediante escritura de resolución otorgada por ambos contratantes, en la que se pretende ejercitar la condición resolutoria pactada.

La D.G.R.N. confirma la denegación en base al perjuicio que pueda significar para el derecho del anotante la resolución anticipada:

«Ciertamente cuando la titularidad embargada se halla sujeta a posible resolución que consta explícitamente en el Registro, el efectivo desenvolvimiento de ésta comportará la extinción del embargo y consiguiente cancelación de la anotación respectiva. Ahora bien, la eficacia relativa de los contratos (artículo 1.257 C.C.), la inadmisibilidad de disposición de los derechos ajenos o de la *renuncia en perjuicio de terceros* (artículos 6-2.º y 1937 C.C., 107-1 L.H. y 175-1.º R.H.), la eficacia real del embargo, y la fuerza protectora de los asientos del Registro determinan que sólo la resolución del derecho embargado que se produzca en los términos registralmente constatados gozará de ese efecto extintivo, mas no la que tiene lugar anticipadamente por mutuo disenso (...)».

3.º *Prohibiciones legales de disposición*

Ya hemos estudiado alguna de ellas. Su concepto es distinto —y más restringido— de las limitaciones legales, aunque producen el mismo efecto, en la medida que actúan como si fueran conocidas por todos.

La diferencia radica, en que la prohibición legal es una exclusión de la facultad dispositiva «a posteriori» o externa, mientras que las limitaciones institucionales propiamente dichas son «internas» derivadas de requisitos impuestos «a priori» por nuestro Derecho.

Consiguientemente, de su semejanza deriva que operan frente a terceros aunque no estén publicadas (artículo 26 párrafo 1.º L.H.), pero de sus diferencias resulta la conveniencia de que accedan al Registro las prohibiciones legales, para armonizarlas con las exigencias del sistema inmobiliario (y a ello no se opone el artículo 26 L.H. en la medida que dice que «no necesitarán» inscripción, pero no la excluye).

4.º *Limitaciones derivadas de la apariencia*

A diferencia de los derechos reales que he denominado como esencialmente publicitarios (entre lo que incluyo, aunque no sea propiamente derecho subjetivo, la prohibición de disponer voluntaria), existen otros derechos reales que se imponen a cualquier tercer adquirente del inmueble aunque no estén publicados, de manera que el titular del dominio o derecho real limitado sobre el inmueble no podrá desconocer su existencia.

Es el caso de las *servidumbres aparentes,* como reconoce la *S.T.S. de 21 de diciembre de 1990,* que rechaza una acción negatoria de una servidumbre de paso, en los siguientes términos:

«(...) para que la servidumbre surta efecto contra un tercero poseedor del predio sirviente es preciso, de conformidad con los principios de la ley Hipotecaria, que conste inscrito en el Registro de la Propiedad el título constitutivo de aquélla, a tenor de los artículos 2 y 32 L.H., e incluso cuando los signos de servidumbre son *ostensibles* e indubitados, su apariencia exterior los atribuye una publicidad equivalente a ia inscripción, aunque no resulte del Registro la existencia de la servidumbre (...)» (fundamento de derecho cuarto).

CAPITULO CUARTO

PROHIBICIONES VOLUNTARIAS

Están reguladas por el *artículo 27 L.H.* a cuyo tenor:

«Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo 26 no tendrán su acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento.»

Aunque en materia contractual rige el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.255 C.C., tratándose de negocios jurídicos en virtud de los cuales se crea una relación jurídica real, aunque no sea propiamente un verdadero derecho real, como ocurre con los negocios en que se constituyen prohibiciones de disponer, el ámbito de autonomía de la voluntad es mucho más reducido, debiendo cumplirse los requisitos exigidos por nuestro Ordenamiento para la creación de una relación de tal clase, que deba perjudicar a terceros. Ya hemos visto los rigurosos requisitos que caracterizan a las prohibiciones (causa justa, temporalidad, determinación, interpretación restrictiva, admisibilidad expresa).

Pues bien, uno de tales requisitos exigidos —hoy en día y en la medida que luego veremos— para admitir la eficacia «erga omnes» de las prohibiciones de disponer a través de su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, es el de que se constituyan en actos a título gratuito.

PROHIBICIONES EN NEGOCIOS GRATUITOS

Las impuestas en negocios gratuitos son las propias prohibiciones voluntarias de disponer, cuya inscripción es admitida siempre que la legislación vigente reconozca su validez, lo cual será lo normal dado el principio general de contratación del artículo 1.255 C.C., siempre que se reúnan los requisitos ya estudiados de temporalidad, causa justa y determinación, así como que tenga eficacia erga omnes —aunque ya

hemos visto que más que un requisito es el efecto de su propia publicación una vez que se cumplen los citados requisitos, sin cuya inscripción no son plenamente prohibiciones de disponer—.

A ellas se refiere el *artículo 26, párrafo 3.º L.H.:*

«Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez».

Lo normal es que se constituyan en *testamento y donaciones,* pero cabe también su configuración en contratos sucesorios y en capitulaciones matrimoniales, como es el caso de:

a) *Los heredamientos en Cataluña:* En general los heredamientos universales implican para el heredante una prohibición de realizar enajenaciones a título gratuito, salvo para hacer regalos módicos y liberalidades de uso o para legar lo que en el heredamiento se hubiera reservado para testar, aparte de la facultad de dotar a los hijos.

Igualmente se prohíben las enajenaciones a título oneroso realizadas en fraude del heredamiento, si bien en tal caso la acción que corresponde al heredero no es la de nulidad absoluta sino la anulabilidad (artículo 75 Compilación)[1].

b) La designación de *heredero distributario en Cataluña* faculta al cónyuge distributario para imponer a los hijos entre los que se distribuya la herencia las condiciones, limitaciones de disponer y sustituciones incluso fideicomisarias que estime oportunas, siempre que los favorecidos sean hijos o descendientes del testador (artículo 115 de la Compilación)[2].

c) La *institución recíproca de heredero en Navarra* admite la imposición de prohibiciones de disponer, si bien son objeto de interpretación restrictiva cuando se trata de actos dispositivos a título oneroso, en cuanto que se establece que:

«Aunque el testamento de hermandad contuviere cláusula en contrario, cada uno de los testadores podrá disponer por título oneroso de sus propios bienes, aun después del fallecimiento de los demás o de alguno de ellos.

---

[1] Hoy artículo 79 del Código de Sucesiones de 30 de diciembre de 1991.
[2] Hoy artículo 148 del Código de Sucesiones de 30 de diciembre de 1991.

Salvo pacto en contrario, todo testador podrá disponer por título oneroso de los bienes que hubiere recibido del otro testador premuerto. Si el testamento contuviere institución recíproca y designación de heredero común, con prohibición de enajenar, se entenderá referida la prohibición solamente a los bienes del testador premuerto.» (Ley 203 Compilación).

d) El *pacto al más viviente en Aragón* y en general la sucesión paccionada en capitulaciones matrimoniales premiten la imposición de prohibiciones de disponer, como lo demuestra que incluso la Compilación prohíba al instituyente disponer de los bienes inmuebles sin consentimiento del heredero, cuando fuera instituido en consideración a la conservación del patrimonio familiar (artículos 102 y 105 de la Compilación).

e) También podrán imponerse prohibiciones de disponer en *capitulaciones entre futuros cónyuges sujetos al derecho común,* al amparo del artículo 1.341 C.C. que no sólo permite a los futuros esposos donarse bienes presentes sino también —como verdadera excepción a lo dispuesto en los artículos 635 y 1.271 C.C.— bienes futuros, si bien con sujeción a los límites existentes para la sucesión testada (entre cónyuges no cabría tal posibilidad en capitulaciones matrimoniales, pero sí en escritura de donación —aunque limitadas a bienes presentes—).

NEGOCIOS CON CAUSA MIXTA O CON CAUSA GRATUITA U ONEROSA SEGUN LOS CASOS

Los supuestos anteriores de institución contractual, corroboran la posibilidad —al menos en ciertos derechos forales— de imposición de prohibiciones de disponer, no sólo en propios negocios gratuitos —herencias y donaciones— sino también en negocios con causa mixta, esto es, que obedecen a un designio de liberalidad (artículo 1274 C.C.) pero que están recíprocamente condicionados a otra disposición análoga (ya defendimos esta postura al estudiar la compraventa con pacto de sobrevivencia en Cataluña).

Igualmente debe advertirse que no todo supuesto de acto gratuito ampara por sí sólo la inscribibilidad de una prohibición de disponer. Me estoy refiriendo en concreto a toda una serie de negocios con causa onerosa o gratuita según los casos, como son los negocios de garantía (hipoteca, prenda, opción, etc.). Tales negocios pueden tener causa

onerosa, si existe contraprestación por la constitución del derecho de garantía, lo cual será lo normal en la contratación mercantil sobre inmuebles (préstamos hipotecarios por entidades bancarias, fianzas y avales de préstamos) pero no tiene que ser necesariamente así, menos en la contratación civil.

En efecto, cabe que el derecho real de garantía se configure a título gratuito, como ocurre en la constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena en la que el hipotecante no deudor no reciba nada en contraprestación. Y lo mismo puede ocurrir con otros negocios de finalidad de garantía, como los derechos de adquisición preferente, que también se puede constituir a título gratuito por el titular registral en garantía de una relación jurídica de la que sea ajeno, sin recibir contraprestación alguna.

Así con relación al derecho de opción, el *artículo 14 R.H.* párrafo 2.º exige como uno de los requisitos para la inscribibilidad de la opción «el precio estipulado para la adquisición de la finca, y en su caso el que se hubiere convenido para constituir la opción», lo cual confirma que se puede constituir con o sin contraprestación.

¿Quiere decir esto que siempre que se constituyan los derechos de garantía a título gratuito, podrán imponerse prohibiciones de disponer inscribibles en el Registro de la Propiedad? A mi juicio no, porque no es tanto la onerosidad o gratuidad del negocio cuanto a razón suficiente para imponerla lo que justifica su validez y consiguiente inscribibilidad.

En los negocios de garantía gratuitos (sea hipoteca en garantía de deuda ajena, opción de compra sin contraprestación a favor del constituyente de la opción, etc.) existen las mismas razones para admitir o excluir las prohibiciones de disponer que en los constituidos a título oneroso. Esto es, lo normal es que no sean inscribibles las prohibiciones de disponer pactadas en tales negocios gratuitos —v.gr. prohibición de enajenar los bienes hipotecados por deuda ajena— por falta de razón o causa suficiente, en la medida que teniendo ambas figuras (derecho de garantía y prohibición de disponer) una misma finalidad de garantizar el interés del favorecido por ellas, no añadirán nada la una a la otra, disminuyendo sin razón el principio de libertad de tráfico.

Por el contrario, habrá supuestos excepcionales en que sí estarán justificadas —independientemente de su onerosidad o gratuidad— como veremos más adelante.

PROHIBICIONES EN NEGOCIOS ONEROSOS

Nuestro Derecho vigente «prima facie» no admite su inscribibilidad y en consecuencia, su oponibilidad. Su propio carácter de prohibiciones de disponer queda mermado, en cuanto que una prohibición de disponer no inscrita, carece de eficacia «erga omnes».

Así se desprende del citado artículo 27 L.H. y del *artículo 57 R.H.* a cuyo tenor:

«Cuando mediante hipoteca se asegure el cumplimiento de las prohibiciones de disponer a que se refiere el artículo 27 de la Ley, se inscribirán en un solo asiento el acto o contrato que las contenga y la hipoteca que se constituya, y se hará constar que se deniega la inscripción de la prohibición de disponer.»

Señala García García cómo este artículo contiene un supuesto específico de denegación expresa en el cuerpo de la inscripción[3], frente al criterio general de que la denegación sólo debe hacerse en el título y en el Diario, lo que confirma la *R.D.G.R.N. de 21 de enero de 1991* que incidentalmente establece —para un supuesto en que se denegó un usufructo sucesivo en el cuerpo de la inscripción— que «no puede ahora omitirse que la expresión de una denegación no debe hacerse en el mismo asiento de inscripción».

La exclusión de la inscribibilidad de las prohibiciones de disponer a título oneroso, se extiende a todo supuesto de vulneración indirecta del citado precepto del artículo 27 L.H., como ocurre en los supuestos de pactos de vencimiento anticipado de las hipotecas en caso de enajenación de la finca por el deudor —la *R.D.G.R.N. de 4-11-1968* lo excluye por constituir un medio indirecto de cercenamiento de ias facultades dispositivas del dueño en contra del principio de libre circulación de los bienes, al igual que la *R.D.G.R.N. de 27-1-1986*— o configurando una verdadera prohibición de disponer encubiertas bajo la apariencia de una condición resolutoria del negocio para caso de enajenación de la finca.

La citada *R.D.G.R.N. de 4-11-1968,* excluyó una cláusula así redactada por contener una prohibición de disponer no inscribible, en cuanto no permite al propietario transmitir libremente la cuota adquirida más que a determinadas personas.

En todo caso el artículo 57 R.H. ordena expresamente la denegación de la prohibición, lo que para muchos supone convertirla en una *obli-*

---

[3] García García, «Código de legislación hipotecaria», pág. 146.

gación de no disponer garantizable con hipoteca, pero que en rigor no equivale más que afirmar la ineficacia como tal de la prohibición, pues lo que en rigor se asegura con la hipoteca es la indemnización pecuniaria que se pacte para caso de enajenación de la finca —cfr. artículo 12 L.H.—.

En el mismo sentido Roca Sastre critica la conversión legal que hace el citado artículo de una prohibición de disponer en una obligación de no disponer garantizada con hipoteca, ya que dicha conversión no responde a la voluntad de los otorgantes, de manera que en rigor lo que ocurrirá es que tal prohibición habrá quedado ineficaz, convirtiéndose en un *mero ruego* sin eficacia jurídica, sin perjuicio de que se garanticen con hipoteca las consecuencias de su incumplimiento[4].

Yo defiendo que las prohibiciones no inscritas, carecen de eficacia negocial, y tan sólo existirá obligación de indemnizar los perjuicios causados si se ha producido un *enriquecimiento injusto* —lo que se estudiará posteriormente—.

CONVENIENCIA DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER EN CIERTOS SUPUESTOS DE NEGOCIOS ONEROSOS

En efecto, de «lege ferenda» sería conveniente *admitir en ciertos supuestos las prohibiciones en negocios onerosos.*

La doctrina suele criticar el rigor legal que supone excluir siempre las prohibiciones impuestas en tales negocios a título oneroso.

Así Amorós Guardiola, al comentar la *S.T.S. de 12-11-1963* considera excesiva la sanción legal, dada la superación hoy en día de la concepción puramente liberal de la propiedad, en la medida que también está llamada a cumplir una importante *función social* que puede justificar en determinados casos la imposición de prohibiciones en actos a título oneroso[5].

A mi entender existe razón justificada para su admisión en ciertos supuestos.

Se trataría fundamentalmente, en efecto, de un problema de *justa causa*. Es evidente que, por ejemplo, la prohibición de disponer no

---

[4] Roca Sastre, op. citada, pág. 739.
[5] Amorós Guardiola, op. citada, pág. 970.

tiene justificación como pacto complementario de una hipoteca o de una opción de compra, en la medida en que tanto la hipoteca como la opción de compra garantizan suficientemente —con eficacia frente a todos— la satisfacción del interés del acreedor hipotecario o del optante.

En este sentido la *R.D.G.R.N. de 13 de diciembre de 1955* excluyó la inscripción de una prohibición de disponer del inmueble sobre el que se había constituido una opción de compra. Se pretendía inscribir el pacto por virtud del cual «la propietaria o quien de ella haya causado no podrá enajenar, gravar ni de otro modo disponer de la finca optada sin el expreso consentimiento del optante durante el plazo de vigencia de la opción».

La D.G.R.N. confirma la calificación denegatoria del Registrador (que la había rechazado por entender que la opción no cierra el Registro a los actos dispositivos y que la prohibición de disponer entraba de lleno en el artículo 27 L.H. que excluía su inscripción), estableciendo:

«Hay que estimar correctamente fundada la nota de calificación que no puede quedar desvirtudada por la alegación del recurrente de que el derecho de opción constituye una forma de garantía real que asegura el cumplimiento de la opción, inscribible al amparo del párrafo final del artículo 27 L.H., puesto que aun admitida tal afirmación siempre resultaría autorizada la inscripción de la garantía en sí y no la de la prohibición, criterio confirmado por el artículo 57 R.H.»

Es decir, late en esta resolución, además de los preceptos legales, que lo que se pretendía era una reiteración de derechos a favor de la misma persona, la cual pretendía ser al mismo tiempo favorecido por una prohibición de disponer sobre un inmueble y optante a su adquisición en caso de enajenación, lo cual además de contradictorio, no añade nada al robustecimiento de su posición jurídica.

Sin embargo, sí *existen supuestos en los que tal prohibición podría estar justificada.* Incluso algunos de ellos tienen su reconocimiento legal, todo lo cual lleva a poner en cuestión la tradicional negación absoluta en nuestro Derecho de las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso. Veamos cuáles son.

I. Pacto de reserva de dominio

Ya vimos cómo la doctrina y la jurisprudencia, a través de las *S.T.S. de 10 de junio de 1958* —que admitió el pacto como una compraventa

sujeta a condición suspensiva— y la *S.T.S. de 19 de mayo de 1989* —que definitivamente consagra la figura— lo configuran como una garantía del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada, de manera que el comprador carece en absoluto de facultad de disposición voluntaria o forzosa, en tanto que el vendedor carece igualmente de facultad de transmisión mientras el comprador esté dando cumplimiento a la obligación de pago.

Desde el punto de vista del vendedor actúa como propia prohibición de disponer —como veremos—.

No obstante, la admisión que se propugna de las reservas de dominio en negocios onerosos debe ser temporal, es decir, con fijación de un plazo de vigencia de las mismas, transcurrido el cual dejan de tener eficacia real —criterio admitido por la Ley 482 Navarra que fija un plazo de dos años—.

Pero es que esto mismo debe regir para el pacto de reserva de dominio en el Derecho común —lo cual no ha sido suficientemente destacado por la doctrina ni por la jurisprudencia—, pacto que tampoco puede ser indefinido y dejado al arbitrio del comprador —artículo 1.256 C.C.— porque además de fraudulento para los derechos de los acreedores, crearía una vinculación del bien no admitida por nuestro Derecho.

En cuanto a sus efectos —como vimos al estudiar la figura— la oponibilidad de los referidos pactos de reserva de dominio y prohibición de disponer, viene dada por la moderna concepción de la *publicidad registral* sin la cual el pacto es ineficaz frente a tercero que inscribe —no frente al acreedor que anota su derecho—, quedando reducida la concepción primitiva de la oponibilidad derivada de fecha fehaciente a los reducidos supuestos de conflicto entre los derechos del favorecido por el pacto y el tercero acreedor o adquirente no inscrito —esto es adquirentes de derechos no protegidos por el sistema inmobiliario—.

II. Prohibición de arrendar ios bienes hipotecados

Muy discutida doctrinalmente han sido los *efectos de la ejecución hipotecaria respecto de los arrendamientos* concertados por le propietario, siendo la posición general la de quienes estiman que los arrendamientos anteriores a la constitución de la hipoteca deben susbsistir, y no así los constituidos con posterioridad a su inscripción —no cabe olvidar el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca—.

Sin embargo, esto no ha sido siempre admitido, en base a la prórroga forzosa que la L.A.U. atribuye al arrendatario, sin que entre sus causas de resolución figure la ejecución de hipoteca.

Podemos destacar así dos tendencias jurisprudenciales contradictorias al respecto:

1. Una, fiel a la doctrina tradicional, recogida por la *S. Audiencia Provincial de Oviedo de 12 de noviembre de 1990,* opta por la resolución del arrendamiento. Dicha sentencia de conformidad con las S.T.S. de 31-10-1986, y la S.T.S. de 23-12-1988, considera que:

«(...) resuelto el derecho del arrendador queda extinguido el arriendo, conclusión que tiene su apoyo legal en la regla 17 del artículo 131 L.H., al ordenar que se cancelen automáticamente todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, de donde se deduce la ineficacia de un mero derecho personal de menor rango y fecha posterior. Vistos los principios de publicidad, legitimación y fe pública registral, así como la nota marginal del artículo 131 párrafo 4 —de expedición de certificación de cargas— ni el arrendador ni el arrendatario podrían alegar ignorancia de tal dato (...)» (fundamento de derecho tercero).

Por su parte, la *S.T.S. de 23 de diciembre de 1988* había establecido, en efecto, la resolución de los arrendamientos posteriores a la ejecución de la hipoteca:

«(...) la constancia en el Registro de la Propiedad de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, viene a dar un mentis formal y categórico a la buena fe del arrendador y del arrendatario, habida cuenta de los principios de publicidad, legitimación y fe pública registral, pues dadas las fechas en que se inscribió la hipoteca (1977) se tomó la nota marginal (1978) y se constituyó el arrendamiento (1980) es visto que no pudo alegarse ignorancia ni por el arrendador ni por el arrendatario de tal detalle que limitaba sus facultades como arrendatario si se llegase a resolver el derecho del arrendador, como así ocurrió al ser ejecutada la hipoteca y quedar extinguido el arriendo (...)» (fundamento de derecho segundo).

2. Sin embargo se ha iniciado otra tendencia jurisprudencial, contraria a la doctrina tradicional, que opta por la vigencia del arrendamiento. Es la *S.T.S. 23 de febrero de 1991,* basada en que los anteriores precedentes jurisprudenciales se refieren a supuestos de mala fe del arrendador y del arrendatario para dejar inefectiva la hipoteca, y afirma

—con relación a un arrendamiento recayente sobre el inmueble con anterioridad a la ejecución de la hipoteca, aunque posterior a su inscripción— que:

«(..) resulta la licitud y existencia de un arrendamiento que no es perjudicado por la realización de la hipoteca ya que no se acreditó fraude o confabulación en perjuicio, antes, del acreedor hipotecario, y después, del adjudicatario en la subasta del inmueble. Sin que esta solución sea contrapuesta a la que esta Sala adoptó en supuestos de cierta similitud, pero con diferencias sustanciales, ya que o el arrendamiento era totalmente simulado o con ausencia de buena fe por parte del arrendador y del arrendatario, circunstancias que no se ha comprobado concurran en el caso controvertido» (fundamento sexto).

De seguirse otro criterio —afirma la sentencia— «se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento no catalogada en la relación imperativa de estas causas que hace el artículo 114 de la L.A.U.» (fundamento primero).

Esta segunda tendencia que ahora se inicia —aún no se puede entender que exista doctrina jurisprudencial a efectos de casación—, es muy peligrosa porque, además de no respetar los principios hipotecarios de fe pública y legitimación, viene a constituir un atentado contra la hipoteca como derecho de realización de valor, en cuanto dicho valor puede resultar disminuido por actos del deudor hipotecario —como es el arrendamiento—.

Ya hemos visto cómo no son admitidos los pactos de no volver a hipotecar (artículo 107 párrafo 3.º L.H.) ni el pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca por enajenación del inmueble por el deudor.

Así la *R.D.G.R.N. 27 de enero de 1986* consideró no inscribible dicho pacto de vencimiento anticipado por transmisión de las fincas por el deudor «por envolver tales pactos una innecesaria y abusiva limitación del dueño a disponer de sus bienes, contra el principio de libertad del tráfico inmobiliario».

Esta misma resolución, excluyó el pacto de vencimiento anticipado por quiebra o suspensión de pagos del deudor —dado que «es una previsión contractual que recae sobre una materia que por su naturaleza está sustraída a la posibilidad de contrato entre el deudor y sus acreedores».

E igualmente excluyó la prohibición absoluta de arrendar impuesta al deudor hipotecario, cualquiera sea la renta y cualquiera sea el tipo

de arrendamiento, ya que «además de atacar más allá de lo necesario el goce y libre disponibilidad del propietario de la finca, obstaculizan por otro lado el destino y función social connaturales a las propias fincas».

Por el contrario, vino a admitir la exclusión de ciertos arrendamientos que pudieran disminuir notoriamente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de válida estabilización, o en los que la renta anual capitalizada a un tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero, un cincuenta por ciento más, no cubra la responsabilidad total asegurada —cfr. artículo 219 R.H.—.

Es decir, habría dos razones por las cuales no se admite la inscripción —y en rigor carecen en absoluto de efectos (dado el carácter constitutivo de la hipoteca)— de los pactos de no volver a contratar, subhipotecar, o enajenar los bienes hipotecados:

a) Porque son pactos contrarios a la libre circulación de los bienes.

b) Y porque son pactos carentes de causa en cuanto no añaden finalidad alguna de garantía, de la que no esté dotada de por sí misma la hipoteca.

Sin embargo, a raíz de la nueva corriente jurisprudencial, podríamos replantear la prohibición de arrendar admitiéndola en aquellos casos que tenga razón de ser, es decir, no sólo cuando se presuma una merma al valor del bien hipotecado —artículo 219 R.H.— sino también en aquellos supuestos en los que quepa la posibilidad de dejar subsistente el arrendamiento pese a la ejecución de hipoteca.

Pienso así, que serían inscribibles —por tener causa justificada cual sería evitar la devaluación del bien— aquellas cláusulas de la hipoteca por la que se imponga al deudor la prohibición de concertar arrendamientos sujetos a prórroga forzosa. En efecto, no cabe olvidar que sí se extinguen por efecto de la ejecución de la hipoteca los arrendamientos en los que se haya excluido la prórroga forzosa —al haberse señalado un plazo de duración y excluirse expresamente la prórroga— al amparo del R.D. 30-4-1985, por lo que respecto de ellos carece de sentido la admisión de la prohibición de arrendar.

III. Prohibición de arrendar los bienes vendidos con pacto de retro

Por idénticas razones que en la hipoteca, podría estar justificada la *prohibición de arrendar* en la compraventa con pacto de retro, no sólo en el ámbito de Cataluña (donde ya vimos que se admite la figura del empeyament o pacto de retro con funciones de garantía de un préstamo —artículo 326 Compilación—), sino también en el ámbito del Derecho común, cuando al amparo del artículo 1507 y ss. del C.C., el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida (siempre que no se transmita la propiedad en función de garantía de un préstamos, lo cual no es admitido dada la prohibición del pacto comisorio —artículo 1859 C.C. y *R.D.G.R.N. de 5-6-1991).*

En contra de esta afirmación, se podría alegar el *artículo 1520 C.C.* a cuyo tenor:

«El vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe y según la costumbre del lugar en que radique.»

Sin embargo, este artículo debe estimarse de naturaleza dispositiva, no imperativo, que admite el pacto en contrario. Así lo demuestra el carácter generalmente dispositivo del C.C. —cfr. artículo 1.255 C.C.— y la postura aceptada por la D.G.R.N. para casos similares (v.gr. en la propia hipoteca), la cual ha llegado incluso a estimar de carácter dispositivo artículos de redacción aparentemente imperativa, como es el 1.805 C.C. admitiendo la posibilidad de que la cesión inmueble a cambio de alimentos se garantice con condición resolutoria (*R.D.G.R.N. de 26 de abril de 1991,* que estima el citado artículo como «previsión legal de carácter dispositivo para el caso de silencio contractual al respecto»).

Prevalecerán por tanto, los arrendamientos sólo cuando nada se haya estipulado en contrario, y precisamente la voluntad de las partes puede ser la de excluir la regulación legal hecha de la figura por el citado artículo 1.520 C.C., como pueda ser pactando la prohibición de arrendar impuesta al comprador —durante el plazo de duración del retracto— y siempre que no sea una prohibición absoluta (es decir, que se excluyan los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa, pero no aquéllos de duración inferior al plazo del retracto en los que se hubiera excluido la prórroga forzosa al amparo del citado R.D. de 30-4-1985).

Lo que nunca sería admisible, ni en las hipotecas ni en la venta con

pacto de retro, sería una *prohición de enajenar,* por *falta de causa,* en la medida que el pacto no añadiría nada al derecho real de hipoteca o de retracto como medida de garantía y lo único que supondría es una vinculación del bien en contra del principio de libertad de tráfico inmobiliario. Pero lo que sí tendría justificación es la citada prohibición de arrendar en los términos ya expresados.

IV. Prohibición de disponer de los bienes por el deciarado en suspensión de pagos impuesta en el convenio

Una de las cuestiones más interesantes que se plantea la *R.D.G.R.N. de 7 de noviembre de 1990* es la de si puede o no ser considerado como tercero hipotecario protegido por la fe pública registral —y por tanto no inmerso en la nulidad radical del artículo 878 CO. CO. de conformidad con el criterio ya establecido anteriormente por la *R.D.G.R.N. de 20 enero de 1986*— el subadquirente del posteriormente declarado en quiebra, cuando en el momento de su adquisición *consta anotada la suspensión de pagos* del mismo.

No cabe duda que si afectaría al subadquirente, destruyendo su cualidad de tercero hipotecario (pues la causa de resolución de su derecho constaría en el Registro) la anotación preventiva de solicitud de declaración de quiebra, y mucho más la inscripción de la quiebra.

Sin embargo, la anotación de la suspensión de pagos, *no es suficiente por sí sola* para afectar al adquirente que consulta el Registro, de manera que no perdería su cualidad de tercero hipotecario por el hecho de que luego se declarara la insolvencia definitiva del suspenso, siempre —claro está— que en la transmisión se cumplan los requisitos de intervención judicial o de la comisión de acreedores si está aprobado el convenio.

Esta es la conclusión a que se llega analizando el supuesto de hecho de la citada R.D.G.R.N. de 7-11-1990, en la que existía un convenio inscrito.

El Procurador que interpuso el recurso alegó precisamente que «se había aprobado un convenio, en virtud del cual se establecían unos períodos de pago que en caso de incumplimiento darían lugar a la liquidación del patrimonio de la sociedad quebrada, para lo que incluso se designaba una comisión liquidadora, razón por la cual no puede pensarse que se han llamado a engaño por la publicidad registral los pretendidos adquirentes del inmueble».

Por el contrario el Registrador en defensa de su nota alegó que el convenio no perpetuaba la restricción de la capacidad del suspenso ni tenía implicaciones jurídico-reales inmediatas (daciones en pago o para pago, constitución de hipotecas de seguridad, etc.) que serían los casos en que los acreedores hubieran podido gozar de la prioridad sustantiva derivada del asiento. Por el contrario, el convenio de suspensión de pagos, en el caso debatido, era encuadrable entre los de levantamiento de la incapacidad del suspenso o de alcance puramente obligacional —como son los que acuerdan una quita o espera de las deudas—.

La Dirección General dio la razón al Registrador, puesto que en el convenio se había pactado que el suspenso ostentaría la administración y disposición de sus bienes, limitándose a pactar unos períodos de pago transcurridos los cuales se procedería a la liquidación del patrimonio del deudor: «Dado el principio de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales, los ahora cuestionados, que aparecen practicados sin sujeción alguna a las resultas del posible incumplimiento del convenio, producirán todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud o no sean cancelados o modificados en los términos establecidos por la ley hipotecaria» (considerando cuarto).

Por tanto, la anotación de iniciación de la suspensión de pagos ni la inscripción del convenio —salvo que expresamente se prohíban los actos de disposición del suspenso— no enervan la fe pública registral.

El subadquirente del suspenso durante el período de retroacción será mantenido en su adquisición salvo que el convenio no sea de mera quita o espera sino que tenga alcance real, esto es, se limiten erga omnes las facultades del suspenso, como podría ser imponiéndolo una prohibición de disponer durante el plazo previsto en el mismo.

Igualmente Hernández Crespo admite la existencia —con distintos efectos— de diversos tipos de convenios, según las limitaciones que en ellos se impongan, y entre ellas podrían figurar prohibiciones de disposición en mayor o menor grado y en consecuencia con mayor o menor grado de ineficacia según el carácter de su falta, prohibiendo al suspenso «actos de enajenación o gravamen durante determinado tiempo, o al contrario, imponiéndole unas enajenaciones en determinados plazos o una prohibición de disponer en tanto no se haya cumplido el convenio»[6].

---

[6] Hernández Crespo, «Publicidad registral de la suspensión de pagos», R.C.D.I. 604 página 904.

V. Prohibición de disponer de la vivienda habitual en las parejas estables no casadas pero con hijos comunes

El *interés de los hijos* es tomado en múltiples ocasiones en consideración por la ley, en especial por el C.C. (artículos 90, 92, 96, 110, 158, 170, 180, 1.377, etc.) lo que ha llevado a la jurisprudencia a plantearse si es aplicable por analogía este principio general del Derecho, a las parejas estables que no han contraído matrimonio, pronunciándose —en general— contrariamente a ello.

Así se ha llegado a plantear el tema ante el Tribunal Constitucional. En este sentido se ha considerado, por ejemplo, que las parejas estables no tienen derecho a obtener pensiones de jubilación por muerte de la otra persona con la que tiene una unión de hecho, ni a ser su heredero abintestato.

En efecto, la *S.T.C. de 14 de febrero de 1991,* concluye que la Constitución no reconoce el derecho a formar una *unión de hecho* que sea acreedora del mismo tratamiento que la unión matrimonial, por lo que el legislador puede establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la meramente fáctica, y en concreto no se considera inconstitucional la diferencia de trato entre cónyuges y quienes conviven de hecho en cuanto a la pensión de viudedad.

Esto no puede ser de otra forma, en la medida que a falta de disposición legal, la única fuente de derechos es el contrato —artículo 1.089 C.C.— y precisamente las parejas de hecho —aunque sean estables— carecen de contrato matrimonial. Además el ámbito de autonomía de la voluntad privada en estas materias es muy limitada, dada la naturaleza de *orden público* del Derecho de Familia y Sucesorio, cuyas normas imperativas no puedan modificarse por voluntad de las partes (artículo 1255 C.C.).

Sólo en caso de que la ley atributiva expresamente derechos a las uniones de hecho, podrán equipararse a las uniones matrimoniales (así la disposición adicional tercera de la ley 11-11-1987 que modificó el C.C. en materia de adopción establece la equiparación en cuanto a la *capacidad para adoptar* entre cónyuges y parejas unidas de forma permanente).

También algunas de estas reivindicaciones —cuando tienen naturaleza patrimonial— se han tratado de obtener por vía convencional (v.gr. Convenios Colectivos en cuanto a las ayudas de la empresa en caso de jubilación).

En este sentido, una cuestión conflictiva sobre la que puede que se reivindique la equiparación con la unión matrimonial, es la relativa al *uso de la vivienda familiar,* cuyo naturaleza y efectos ya he analizado al estudiar las prohibiciones de disponer de los artículos 1.320 y 96 C.C.

Sabido es que el Juez, en caso de separación y divorcio, puede adoptar una serie de medidas en interés de los hijos a falta de convenio entre los cónyuges, como es el uso de la vivienda familiar —artículo 91 C.C.— pudiendo atribuirla al cónyuge no titular, hasta el punto de que en tal caso rige la prohibición legal de no disponer —ya estudiada— establecida en el artículo 96 párrafo 4.º C.C., que exige el consentimiento de ambos cónyuges o en su defecto autorización judicial para disponer de esta vivienda cuyo uso no corresponde al cónyuge titular.

Desde el plano registral tales atribuciones de uso vienen inscribiéndose en el Registro de la Propiedad, por analogía con el derecho de habitación regulado en el artículo 524 C.C. y por constituir un propio derecho real —aunque indisponible— (Isac Aguilar) —otros autores como ya vimos lo equiparan a un derecho real de nueva creación (O'Callaghan), al derecho de uso (Rams Albesa), a la mera posesión (Encarna Roca), o a una limitación de dominio de eficacia erga omnes (Lucini Casales)[7].

Igualmente se prevé para cónyuges en régimen de gananciales la posibilidad de que el Juez supla el consentimiento de un cónyuge —en caso de imposibilidad o negativa injustificada del otro— para que el otro pueda realizar actos dispositivos —onerosos, nunca gratuitos— sobre bienes gananciales, cuando lo exija el interés de la familia (artículo 1.377 C.C.).

¿Cabe que estas prevenciones sean generalizables por vía de analogía a las uniones de hecho en que existan hijos? ¿Sería admisible que en un expediente de jurisdicción voluntaria se acordase la enajenación onerosa de la mitad indivisa perteneciente a la persona con la que se está unido de hecho —ausente o que se niega a prestar alimentos al hijo—, en atención a las necesidades del hijo y por analogía con el artículo 1.377 C.C.? ¿O la atribución del uso de la vivienda al no titular?

Yo creo que no. Por muchas razones de *equidad* que se quieran buscar, lo impedirían normas imperativas del ordenamiento jurídico (como

[7] Lucini Casales, citando a los anteriores, op. cit., pág. 100.

las que regulan los efectos del matrimonio), principios generales del derecho de mayor enjundia —«nemo dat quod non habet», la interpretación restrictiva de normas excepcionales (artículo 4 párrafo 2 C.C.)— e incluso principios técnicos de funcionamiento del sistema registral (tracto sucesivo —artículo 20 L.H.—, necesidad de acción declarativa de rectificación del asiento registral —artículo 41 L.H.—, etc.) que obligarían al Registrador —caso de que se hubiese adoptado la resolución judicial— a denegar el asiento, aunque sólo fuese por la falta de congruencia de la resolución judicial con el procedimiento seguido —si se tratase de un expediente de jurisdicción voluntaria— o por existir un obstáculo registral, como es la inscripción a nombre de quien no tiene vínculo legal ni contractual alguno con el demandado (artículo 100 R.H.)[8].

Sin embargo, no se ve ningún inconveniente a que la protección de los hijos entre personas —del mismo o distinto sexo— unidas de hecho, pueda lograrse por *vía convencional*. Y en tal sentido, diversas fórmulas podrían utilizarse, entre ellas la propia atribución del uso de la vivienda a la persona no titular —que ya vimos la doctrina tiende a considerar inscribible— siempre que el pacto se configure como propio derecho real (eficacia frente a terceros y temporalidad).

Y entre dichas estipulaciones en beneficio de los hijos, muy relacionada con la anterior, podría admitirse —entre personas no casadas— incluso como complementario de la atribución del uso —o de la propiedad de una cuota parte indivisa— de la vivienda, la prohibición voluntaria de no disponer de la vivienda por el titular, siempre que fuera temporal —v.gr. durante la minoría de edad de los hijos—. Y ello aunque la atribución del uso se haga a título gratuito u oneroso, es decir, exista o no contraprestación por la otra parte.

Con ello se lograría entre personas no casadas, sin necesidad de violentar los esquemas jurídicos de nuestro ordenamiento, los mismos efectos de protección de los hijos, que el artículo 96 del C.C. propugna entre cónyuges, impidiendo por vía convencional —en lugar de legal— que el titular de los bienes pueda disponer de ellos en perjuicio de los hijos.

---

[8] A favor de la liquidación como comunes de los bienes adquiridos en unión no matrimonial, véase S.T.S. 18-5-1992.

VI. Prohibición de uso a los demás comuneros de parte de un bien común

De hecho ya se viene admitiendo doctrinal y legalmente —cfr. artículo 68 R.H.— la inscripción de cuotas indivisas (en este caso de garajes) que llevan adscritas el *uso exclusivo* de una zona concreta en principio perteneciente a todos los copropietarios (una plaza de garaje).

Esta excepción a la regla general de uso compartido de los bienes comunes —artículo 394 C.C.— viene a suponer una verdadera *prohibición de utilización* a los demás de la zona en concreto que se atribuye para su utilización a alguno de los comuneros con carácter exclusivo.

También doctrinalmente se admite esta posibilidad. Así la *S.T.S. 24 de diciembre de 1990* considera que no infringe lo dispuesto en el artículo 394 del C.C. la atribución de uso exclusivo de una plaza de garage a uno de los copropietarios, ya que no se priva de contenido al derecho dominical que ostentan los demás copropietarios, máxime cuando —según la sentencia— se está en un supuesto de propiedad horizontal y no de comunidad romana, porque «la comunidad de bienes recae en torno a un proindiviso sobre una cosa exclusivamente que se posee en común, mientras que en el garaje, como en la propiedad horizontal, existe el deslinde entre los distintos objetos patrimoniales sobre partes o propiedad especial y el elemento común».

Ya vimos que en el régimen de propiedad horizontal cabe establecer *limitaciones* en el uso o destino del edificio y de sus diferentes pisos o locales, siempre que no estén prohibidas por la ley, conformando el estatuto privativo de la propiedad horizontal que para perjudicar a terceros debe estar inscrito en el Registro de la Propiedad (artículo 5.º L.P.H.), sin que ello entrañe propias prohibiciones de disponer.

Pero tratándose de *comunidad ordinaria* también cabría establecer un régimen específico de utilización de la cosa común que limitase el contenido normal del derecho (así el artículo 392 C.C. considera prevalente el título constitutivo), como la citada atribución de uso o la renuncia a la acción de retracto que ahora veremos.

Por eso, el hecho de que la citada *S.T.S. 24-12-1990* admita la utilización exclusiva de una parte común por uno sólo de los comuneros, es un argumento más en la defensa de la posibilidad de restricciones convencionales a las facultades normales del derecho de dominio, más allá de los meros actos gratuitos, siempre que exista una razón o causa que lo justifique.

VII. Prohibición de ejercicio de la acción de división por los comuneros

Igualmente, se ha consagrado definitivamente la llamada *comunidad organizada, funcional y permanente* —también referida a la configuración estatutaria y registral de los garajes, pero generalizable a otros supuestos en que también exista un interés digno de protección— caracterizada frente a la comunidad romana, por la exclusión de la acción de división y por la renuncia a las acciones de tanteo y retracto a que como copropietarios pudieran tener derecho, en beneficio del funcionamiento de la comunidad.

Así fue expresamente admitida por la *R.D.G.R.N. de 18 de mayo de 1983,* en base a la primacía del título constitutivo en la regulación de la comunidad (ley 371 de Navarra, en cuyo ámbito se planteaba el recurso, pero coincidente en esto con el artículo 392 C.C.) y dada la existencia de una *situación objetiva permanente* que se pretendía regular, que justificaba la configuración de una comunidad atípica que se separase de la comunidad romana tradicional.

«La distinta naturaleza de una y otra forma de comunidad —afirma— se manifiesta en que la denominada comunidad incidental proindiviso se caracteriza por la nota de su inestabilidad y que normalmente se origina de un modo involuntario, mientras que en la comunidad funcional pactada existe un destino común y en tanto subsista esta situación objetiva no cabe el ejercicio de la acción de división sin consentimiento unánime de los copartícipes».

VIII. Prohibición de enajenar los inmuebles vendidos como complemento del pacto de reserva de dominio

Sabido es que tradicionalmente se ha considerado no inscribible en el Registro de la Propiedad la prohibición de disponer impuesta al comprador en tanto se satisfaga el importe del precio aplazado.

Así lo puso de manifiesto ya la *R.D.G.R.N. de 14 de abril de 1921* —por tanto antes de la exclusión por el artículo 27 L.H. del citado pacto—.

Sin embargo, a mi entender sí existe un supuesto totalmente diferente en el que puede estar justificado la posibilidad de una prohibición de disponer de origen convencional, aun a pesar del carácter oneroso del título: me refiero a la prohibición de disponer impuesta al vendedor en

la compraventa con reserva de dominio en garantía del precio aplazado —que ya aludimos en el párrafo I)—.

Ni que decir tiene que es necesario que exista *aplazamiento de precio,* pues en caso de cumplimiento de su contraprestación por la otra parte, no cabe imponer restricción alguna a los efectos derivados del contrato —no sólo por la causa onerosa del negocio sino por la *falta de causa* de la prohibición en sí—.

De la misma manera que tampoco existe razón suficiente para gravar al comprador con pacto de reserva de dominio cuando el precio aplazado se ha garantizado con *hipoteca o condición resolutoria,* pues en nada robustecería la posición del acreedor-vendedor.

No obstante, respecto de la *condición resolutoria* conviene, no obstante, hacer algunas precisiones, pues en determinados supuestos podría ser más conveniente otra garantía, dado el riguroso régimen legal existente para el *ejercicio de la resolución,* que se interpreta restrictivamente dada la prohibición del pacto comisorio existente en nuestro Derecho (artículo 1.859 C.C.), como analicé anteriormente.

En efecto, la jurisprudencia ha matizado enormemente la facultad de ejercicio de la condición resolutoria pactada expresamente al amparo del artículo 1124 y 1504 del C.C., exigiendo para que se produzca la resolución los siguientes *requisitos* —recogidos entre otras en la *R.D.G.R.N. de 29 de diciembre de 1982—:*

a) Que exista una voluntad deliberadamente rebelde al pago, sin que el vendedor incumpliera sus obligaciones.

b) Que se requiera de pago al comprador, intimándole al ejercicio de la resolución en caso contrario.

c) Que no se oponga el deudor a la resolución, pues si alega pago o incumplimiento por parte del vendedor, deberá la cuestión ventilarse por los Tribunales.

d) Que se pongan a disposición del comprador las letras en circulación para evita dobles ejecuciones.

e) Que el vendedor restituya el precio que se ha ido pagando, consignándolo judicialmente, sin que se pueda quedar con el mismo a pretexto de haberse pactado una cláusula penal, consignación que se hará a favor de acreedores posteriores (artículo 175 R.H.).

Por eso, ante las restricciones jurisprudenciales a la resolución automática, se ha planteado la conveniencia de *otras figuras* que ga-

ranticen el pago del precio aplazado, también con eficacia frente a terceros, y sin tener que acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria.

Por eso en la práctica se ha ido abriendo camino el *pacto de reserva de dominio,* admitido por la jurisprudencia —como se ha visto con anterioridad—, la cual ha tratado de atenuar el rigor de las consecuencias que dicho pacto tiene respecto al comprador en caso de embargo del inmueble por deudas del vendedor, reconociendo el mejor derecho del comprador que está al corriente de sus pagos frente a los posibles embargos del inmueble por deudas del vendedor *(S.T.S. de 19-5-1989).* El obstáculo para admitir nuevas fórmulas venía del artículo 11 L.H. a cuyo tenor:

«La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas.»

A pesar de ello, la doctrina considera que el pacto de reserva de dominio es inscribible por la vía de las adquisiciones sujetas a *condición suspensiva o resolutoria* (artículo 23 L.H.), y en consecuencia que no es obstáculo para su inscribibilidad el citado artículo 11 L.H. pues se considera que no es que el aplazamiento actúe directamente frente a tercero, sino que se aplaza la adquisición del dominio; frente a tercero se trata de una transmisión condicional[9].

En efecto, el artículo 11 L.H. tiene como finalidad, el dejar bien claro que el aplazamiento del pago del precio tiene meros efectos personales, que pueden dar lugar a la resolución del contrato (artículos 1.224 y 1.504 C.C.) pero sin perjuicio de *terceros adquirentes* de buena fe (artículo 34 L.H.). Para que tenga *eficacia real* el aplazamiento del precio frente a terceros adquirentes inscritos, sería preciso —conforme a los principios del sistema inmobiliario— no sólo su constancia como una circunstancia más del negocio (artículo 51 R.H.) sino además constituir una *garantía real* que permita ejercitar una acción real para su cobro o pactar la condición resolutoria explícita que por medio de la inscripción se opondría a terceros (artículo 37 L.H.).

---

[9] Chico Ortiz, «Estudios derecho hipotecario», tomo I pág. 485.

Pero eso no significa que sea excluyente, de manera que tendría también cabida junto a la hipoteca y la condición resolutoria, la reserva de dominio, interpretado como se ha visto como transmisión condicional.

Pues bien, el citado pacto de reserva de dominio debería complementarse (dada la indefinición aún existente de dicho pacto en derecho positivo, que no está regulado expresamente) con una *prohibición de disponer impuesta al vendedor* —en este caso sí tendría sentido, dado que el vendedor conserva aún la propiedad—.

En efecto:

a) El pacto de reserva de dominio entraña una limitación institucional de la facultad dispositiva para el comprador y una mera obligación de no disponer para el vendedor, como ha reconocido la jurisprudencia (cfr. *S.T.S. de 19-5-1989* citada). Admitiendo la prohibición de disponer impuesta al vendedor, lo que hasta ahora es una construcción jurisprudencial puramente obligacional tendría base convencional y eficacia real, lo que reforzaría los intereses legítimos del comprador que va cumpliendo con su obligación de pago aplazado.

b) La *razón de ser* de la prohibición sería por tanto definir claramente el alcance del pacto de reserva de dominio en beneficio no sólo del vendedor sino del propio comprador —que ya no quedaría sujeto a la posible doble venta del inmueble—. Es decir, precisamente la prohibición de disponer impuesta al vendedor, es lo que dotaría de *justificación causal* al pacto de reserva de dominio, en cuanto que restablecería el necesario equilibrio entre las posiciones jurídicas de vendedor y comprador.

c) La prohibición de disponer que propugnamos debería reunir los mismos caracteres de *temporalidad* —equivalente al aplazamiento—, y *justa causa* —inexistencia de otra garantía real como hipoteca o condición resolutoria explícita— que hemos visto deben reunir toda prohibición para su validez.

d) La prohibición de disponer no podrá imponerse *al comprador* en garantía del precio aplazado como una *mera figura restrictiva unilateral* —no cabría pactar que «A vende a B, que no podrá disponer del inmueble hasta el completo pago del precio aplazado»— dado el disfavor que hemos visto tiene la jurisprudencia respecto de figuras que no se han articulado como verdaderos derechos subjetivos (cfr. *R.D.G.R.N. de 22 febrero 1989)* y porque el mismo resultado se obtendría con

figuras afines como la condición resolutoria que no limitan el principio de libertad de tráfico.

Por eso sólo admitimos la prohibición de disponer como un mero complemento del pacto de reserva de dominio, y —además— impuesta al *vendedor*, y a través de la figura del *asentimiento* más acorde con el principio de libertad de tráfico (»A vende a B, por el precio de x pesetas, que quedan aplazadas en Y vencimientos mensuales de z pesetas, reservándose A el dominio de la finca vendida en tanto se satisfaga el precio aplazado, si bien A no podrá vender sin consentimiento de B mientras éste se encuentre al corriente de pago de sus obligaciones»).

IX. Condición resolutoria explícita en garantía de otras prestaciones principales: cesión a cambio de alimentos y contrato de permuta por obra futura

Ya hemos visto cómo en la *compraventa* la contraprestación principal del deudor —el pago del precio— puede garantizarse con hipoteca o condición resolutoria (artículo 11 L.H.), y también con el pacto de reserva de dominio —construcción jurisprudencial que quedaría reforzada con una prohibición de disponer impuesta al vendedor, para evitar la desprotección del comprador—.

Lo que nunca sería posible es arbitrar la garantía excepcional de la *condición resolutoria para asegurar prestaciones accesorias.*

Así lo ha puesto de manifiesto la *R.D.G.R.N. de 16 de septiembre de 1987,* que entiende que la excepción que supone el artículo 1.504 C.C, a la prohibición de pacto comisorio sólo está justificada cuando se frustre el fin básico perseguido por las partes, pero no en aquellos supuestos en que el fin esencial de las partes queda consumado pero no sus prestaciones accesorias (v.gr. impago de intereses o impuestos).

Tampoco tendría justificación suficiente el *pacto de reserva de dominio* para garantizar prestaciones accesorias, ya que existiría una evidente desproporción entre el vendedor —que recibe el precio pero no transmite el dominio— y el comprador —que cumple con su obligación principal pero no recibe la propiedad hasta que cumpla la obligación accesoria—. Es decir, *el pacto de reserva de dominio sólo se justifica para garantizar el precio aplazado,* esto es, la obligación principal del deudor-comprador *o cualquier otra prestación principal.* En los demás supuestos *carecerá de justificación causal,* y por tanto será nulo y no inscribible.

La única forma de asegurar prestaciones accesorias sería constituir una *hipoteca,* en cuanto que cualquier obligación lícita puede ser garantizada por hipoteca (artículo 1.861 C.C.).

Pues bien, los supuestos excepcionales de condición resolutoria explícita y pacto de reserva de dominio, son aplicables en *cualquier contrato oneroso,* y no sólo en la compraventa, siempre que traten de garantizar la contraprestación principal.

Así la *R.D.G.R.N. de 16 de octubre de 1989* ha admitido la condición resolutoria en un contrato de *cesión a cambio de alimentos,* estableciendo lo siguiente:

«El hecho de que únicamente para la compraventa se contemple la condición resolutoria explícita en garantía del pago del precio (artículos 1.504 C.C. y 11 L.H.) no significa que dicha garantía haya de constreñirse a este contrato con exclusión de aquellos otros, igualmente onerosos, en los que por el contenido y características de las prestaciones interdependientes (especialmente cuando se transmitiesen inmuebles a cambio de ciertas obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa que no sea dinero), resulta igualmente fundada su admisión.

El contrato por el que las partes, al amparo del principio de libertad de estipulación, pactan que una de ellas se obligue respecto de la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, no es una modalidad de renta vitalicia, sino un contrato autónomo innominado y atípico y regido por los pactos y cláusulas incorporados al mismo dentro de los límites fijados por el artículo 1.255 C.C.

(...) El artículo 1.805 del C.C. no implica una prohibición del pacto resolutorio, sino una previsión legal de carácter dispositivo para el caso de silencio contractual al respecto —vid. S.T.S. de 14 de octubre de 1960—.

(...) Rechazar la posibilidad de pactar la resolución sólo beneficiaría a una de las partes, justamente a la que infringe en todo o en parte sus compromisos».

La D.G.R.N. vuelve a profundizar en la *justificación causal* para la admisión de figuras no tipificadas expresamente.

El mismo argumento debemos utilizar para otros contratos *atípicos como el de permuta de solar por obra futura,* que falto de regulación legal, ha sido admitido por la jurisprudencia.

En todos ello el cumplimiento de la obligación principal del adquirente a título oneroso, podrá ser garantizada por *condición resolutoria,* como hemos visto admite la *R.D.G.R.N. de 16-10-1989.*

Ahora bien, podría obtenerse el mismo fin a través de la imposición de una *pacto de reserva de dominio* en tanto no se satisfaga la obligación principal, pacto de dominio que para ser justo y equilibrado, como vimos anteriormente, debería ir complementado con una *prohibición de disponer impuesta al transmitente que se reserva el dominio.*

La posibilidad de pacto de reserva de dominio en el contrato atípico de permuta por obra futura es expresamente admitida por la *S.T.S. de 5 de julio de 1989,* a cuyo tenor:

«Se trata de un permuta especial en la que uno de los permutantes transmite al otro *—salvo pacto de reserva de dominio—* la propiedad del solar edificado del que es dueño, mientras que el segundo constructor asume la obligación de entregar a aquél locales o pisos del edificio, que se compromete a construir sobre dicho solar, calificándose de permuta de solar por obra futura o contrato atípico.

(...) Exige que se individualicen suficientemente los pisos o locales a recibir como contraprestación, que si se constituye un régimen de propiedad horizontal el dueño del solar participe en la constitución de la misma y que se contemplen los supuestos de incumplimiento defectuoso, en cuyo caso es posible la resolución vía artículo 1504 C.C. y en general del 1124, siempre que el constructor no haya construido en cuyo caso deberá acudirse a las normas sobre la accesión industrial o invertida de nuestro artículo 361 C.C., al margen de *las particulares garantías que para este evento se hayan convenido,* v. gr. pena pecuniaria por retraso en la entrega, etc.».

En estos casos, como decimos, cabría pactar una reserva de dominio, lo que conllevaría una limitación institucional de la facultad de disposición al adquirente constructor, pudiendo completarse con una prohibición de disponer convencional impuesta al transmitente del solar que se ha reservado el dominio.

Lo que no admitimos, —al igual que no lo admitimos respecto de la compraventa con precio aplazado, es la prohibición de disponer como cláusula autónoma —es decir desvinculada del pacto de reserva de dominio— impuesta al adquirente, ya que entorpecería el tráfico jurídico sin añadir nada a figuras como la estudiada de la condición resolutoria explícita o pacto de reserva de dominio.

X. Prohibición de disponer de una cuota parte indivisa mientras dure el pacto de indivisión

Se trataría de lograr por vía convencional lo que algunas legislaciones imponen como verdadera prohibición legal de disponer.

Me refiero, en concreto, al *consorcio foral aragonés,* regulado en el *artículo 142* de la Compilación de Aragón, que establece lo siguiente:

«1.—Cuando varios hermanos o hijos de hermanos adquieran de un ascendiente pro indiviso y a título gratuito bienes inmuebles, queda establecido entre aquéllos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado consorcio o fideicomiso foral, con los siguientes efectos:

1.º Ninguno de los consortes puede enajenar, gravar, ni obligar la parte que le corresponde en los bienes indivisos.

2.º Tampoco puede disponer de su parte por actos mortis causa sino en favor de sus descendientes.

3.º Si un consorte muere sin descendencia antes de la división, su parte acrece a los demás consortes.

2.—El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles, que puede pedir cualquiera de los consortes.»

Se trata de un supuesto de prohibición *legal y relativo a adquisiciones gratuitas* —de plena justificación, pues se evita toda la problemática de las enajenaciones de bienes hereditarios antes de la partición—.

Sin embargo, cabría establecer un pacto así entre comuneros en *vía convencional y con carácter oneroso* (la onerosidad estará en el mismo gravamen impuesto a los demás comuneros en su favor) ya que:

a) El título constitutivo es la norma básica reguladora de los regímenes de comunidad, donde rige la libertad de pactos (artículo 392 y 1.255 C.C.).

b) No se opone a ello ningún precepto imperativo ni principio de orden público, en la medida que la libertad de tráfico jurídico se respeta, pues en cualquier momento los comuneros pueden pedir la división, ni impide que todos ellos conjuntamente enajenen la totalidad del bien.

c) Sería admisible siempre que existiera causa concreta justificada, como la de mantener unida una explotación familiar.

d) Hemos justificado supuestos similares como el *pacto de división futura,* cuya trascendencia real e inscribibilidad admitió la *R.D.G.R.N. de 1 de abril de 1981.*

La *S.T.S. de 12 de noviembre de 1990* ha admitido esta posibilidad —como se estudió en prohibiciones legales— al establercer que «el carácter imperativo del artículo 142 de la Compilación no impide que el consorcio pueda nacer de un acuerdo de voluntades y admita una regulación distinta».

XI. Prohibición de disponer en actos a título oneroso en Navarra

En efecto, como se ha estudiado con anterioridad, las *leyes 481 y 482* de Navarra, establecen:

«La prohibición de disponer establecida en actos a título lucrativo, inter vivos o mortis causa, a favor de personas determinadas o determinables dentro de los límites de la ley 224, tiene siempre eficacia real y será inscribible en el Registro.»

«La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso tiene eficacia obligacional por el plazo máximo de diez años siempre que se haga en favor de personas actualmente determinadas. Esta prohibición es inscribible siempre que para ello exista convenio expreso. Y una vez inscrita en el Registro tendrá una eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años.»

Ya vimos cómo por tanto en Navarra las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso están expresamente admitidas —ley 481— y se les permite su inscribibilidad. En la Compilación Navarra sí está expresamente establecida la denominada conversión legal de la prohibición onerosa no inscrita en obligación de no disponer al establecer que:

a) Si la prohibición de disponer en actos a título oneroso no se inscribe.—En este caso la prohibición de disponer tendrá eficacia meramente obligacional —es decir, que no será propia prohibición de disponer por carecer de eficacia frente a terceros— y en caso de incumplimiento sólo dará lugar a indemnizar los perjuicios causados, siempre y cuando se cumplan además dos requisitos: que se hagan a favor de personas actualmente determinadas (no se admiten las impuestas a favor de no concebidos, como pudiera ocurrir en las gratuitas,

aunque tampoco se exige que hayan nacido) y que tengan una duración máxima de diez años, transcurridos los cuales ni siquiera tendrán eficacia obligacional —en lo que excedan de dicho plazo se tendrán por no hechas —analógicamente ley 224—.

Es por tanto, mucho más radical que el Derecho común respecto de las prohibiciones de disponer en actos lucrativos —a pesar de ser en ambos casos inscribibles—, ya que sanciona expresamente el carácter meramente obligacional de la prohibición onerosa no inscrita.

b) Si la prohibición de disponer en actos a título oneroso se inscribe en el Registro de la Propiedad.—En este caso la prohibición de disponer será propiamente tai, al adquirir eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años —ley 482—.

En todo caso, debemos destacar —incidentalmente— como *por vía de derecho foral se modifica un precepto de ámbito nacional* como es el artículo 27 L.H., permitiendo en Navarra —como se ha visto— la inscribibilidad de las citadas prohibiciones, lo que (además de ser agradecido desde posiciones como la mía favorables a la admisión en ciertos casos de las prohibiciones a título oneroso) se justifica o al menos se explica por el hecho de que en realidad ei que está regulando lo que no le corresponde es la ley Hipotecaria, en la medida de que ia regulación de la admislón y efectos de las prohibiciones de disponer es una materia fundamentalmente sustantiva.

XII. Venta de bienes muebles a plazos

Dado el principio de legitimación para disponer que al poseedor de bienes muebles atribuye el *artículo 464 C.C.* —la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título— no cabe duda de que en materia de compraventa de bienes muebles a plazos se precisa de un sistema de publicidad para hacer eficades los pactos de reserva de dominio y las prohibiciones de disponer impuestas al comprador hasta el pago del precio aplazado, pues de lo contrario quedarían inefectivos.

Eso es lo que reglamenta la *Ley 17 de julio de 1965,* desarrollada por la Ordenanza del Registro de Venta de Bienes Muebles a Plazos de 15-11-1982, que en todo caso es criticado por llevarse por el sistema de folio personal, lo que impide que garantice plenamente la seguridad de los terceros de buena fe, puesto que al no existir tracto sucesivo pueden existir varias transmisiones sin reflejo registral y al acudir al

folio del actual propietario no existir sobre él ninguna reserva de dominio o prohibición de disponer[10].

En todo caso, y a pesar de ello, la generalidad de la doctrina opta por el carácter constitutivo de la inscripción del pacto, de manera que sólo por la inscripción serían las reservas de dominio y prohibiciones de disponer oponibles a tercero.

Así la *S.T.S. de 19 de abril de 1975* en un caso de venta a plazos de maquinaria, con reserva de dominio y prohibición de disponer, se plantea la posible eficacia de tales pactos frente a un acreedor del comprador —Hacienda Pública— cuando tales reservas fueron canceladas registralmente en el Registro de Ventas a Plazos. Y argumenta —para denegar la tercería de dominio—:

«La validez y eficacia de un acto puede depender del cumplimiento de determinadas circunstancias, que por revelar la celebración del mismo, integran medios de publicidad, cuya finalidad es la de que el acto jurídico llegue a conocimiento no sólo de los que intervinieron en su realización, sino, además de los terceros, figurando como medio de publicidad la inscripción en los diferentes Registros, que a veces, condiciona la tipificación de los efectos propios del acto al cumplimiento de dicho requisito, impuesto como carga» (considerando segundo). Y concluye:

«De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la ley de 17 de julio de 1965, la inscripción en el Registro de las reservas de dominio y prohibiciones de disponer es de inexcusable observancia para que puedan ser oponibles a los que no intervinieron en los contratos.»

Esta sentencia defiende por tanto el carácter *constitutivo* de la inscripción de las prohibiciones de disponer en el Registro de Ventas a Plazos, superando algún precedente jurisprudencial contrario. Así la *S.T.S. de 27 de diciembre de 1974* en concreto, que apreció la tercería de mejor derecho interpuesta por la entidad financiera, que inscribió el pacto de reserva de dominio y prohibición de disponer, contra el embargo trabado por deudas del comprador, pese a que había transcurrido el plazo de vigencia de los asientos registrales —«sin que a ello se oponga la alegación de que los plazos fueron satisfechos mediante la renovación de las letras de cambio originariamente pactadas, y que las ahora reclamadas no gozan de prelación alguna al no hallarse adecuadamente

[10] Vicent Chuliá, «Compendio crítico de Derecho Mercantil», tomo II, página 170.

inscritas»—. Se trataba por tanto de un supuesto excepcional de garantía inscrita aunque luego caducada, por lo que el T.S. no interpretó correctamente los efectos de la inscripción del pacto —que en rigor habían dejado de surtir efectos—.

La *S.T.S. de 18 de diciembre de 1990* recoge un supuesto parecido al anterior, con la diferencia que en el momento de la traba del embargo estaba vigente la inscripción del pacto de reserva de dominio y prohibición de disponer, por lo que admite la tercería de dominio frente al embargo trabado, «siendo absolutamente irrelevante que con posterioridad a la práctica del embargo se produjese la caducidad registral (...) siendo el momento relevante a estos efectos el de la práctica del embargo».

A pesar de ello, el criterio jurisprudencial parece orientarse —como se ha visto— a defender el carácter constitutivo de la inscripción de la reserva de dominio y prohibición de disponer, —si bien a efectos de tercerías el momento determinante será el de la traba del embargo— criterio que en este trabajo propugnamos también respecto de las prohibiciones de disponer bienes inmuebles, de manera que las prohibiciones no inscritas no perjudicarán a tercero, ni aunque las conocieran —máxime teniendo en cuenta que el sistema de publicidad inmobiliaria sí está organizado por el sistema de folio real y tracto sucesivo—.

XIII. Prohibiciones de disponer en la venta fiduciaria

Como vimos al estudiar la prohibición de pacto comisorio en los negocios fiduciarios, en nuestro Derecho es válido el negocio fiduciario, por vitud del cual se pacta un doble efecto: un efecto traslativo real que da lugar a una titularidad formal a favor del fiduciario; y un efecto obligacional, por virtud del cual el fiduciario se compromete a devolver la cosa al fiduciante en un momento determinado (es la llamada teoría del doble efecto).

Lo único que se precisa es la *existencia de una causa justa,* que no se da en la venta en garantía de un crédito, por no tener suficiente virtualidad traslativa.

Así la *R.D.G.R.N. de 30 de junio de 1987* exige una *causa suficiente* que justifique el fin práctico querido por los contratantes, lo que no se da en la venta a favor del acreedor en garantía del crédito con obligación por éste de retransmitir cuando se satisfaga la deuda —ni tampoco

existiría en la opción de compra en garantía de un préstamo usurario o que encubra un pacto comisorio—.

La *S.T.S. de 19 de mayo de 1982* —estudiada con anterioridad— aclara que no es que el negocio fiduciario sea inexistente sino que carece de la eficacia traslativa que se pretende, que no es sino una transmisión formal, al decir que «no puede motejarse de contrato ficticio *sino real y existente* y querido por las partes (...) si bien la *causa fiducie no consiste en la enajenación* propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde y es justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la *limitada eficacia real de la venta en garantía*».

Pues bien, en caso de validez del negocio fiduciario (que responda a una justa causa que no sea la elusión de la prohibición del pacto comisorio o el fraude de acreedores, etc.) puede plantearse la conveniencia de que la posición comprometida del fiduciante se garantice mediante la imposición al fiduciario de una prohibición de disponer.

En concreto, la citada S.T.S. de 19-5-1982, recogió un supuesto de venta en garantía de deuda, en el cual se había estipulado que el fiduciario «se obliga mientras esté vigente el presente contrato a no vender, gravar, ni enajenar ni realizar acto alguno de riguroso dominio sin expreso consentimiento del señor B.C.», esto es, del fiduciante.

El T.S. no entra en este tema, dando por hecho que es un pacto válido. Pero lo que yo defiendo va más allá de la mera validez de un pacto obligacional. Para que la posición del fiduciante quede suficientemente garantizada frente a los actos dispositivos del fiduciario (y siempre presuponiendo la existencia de una causa suficiente que justifique el negocio) *podría ser conveniente y razonable una prohibición de disponer,* que lógicamente —y de acuerdo con la posición defendida en el trabajo— sólo excluiría actos dispositivos voluntarios, impidiendo que surgieran terceros protegidos por la fe pública registral.

En caso de enajenaciones forzosas por ejecución contra el fiduciario por deudas de éste, el fiduciante siempre podrá acudir a la tercería de dominio, justificando la relación fiduciaria.

XIV. Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones

El principio de libertad de tráfico jurídico se manifiesta también en sede mercantil. Es más, la agilidad que caracteriza la contratación

mercantil acentúa aún más la importancia de la legitimación registral como veremos posteriormente, fomentando la confianza del contratante en la apariencia jurídica derivada del Registro.

Sin embargo, existe *un supuesto excepcional* en que las restricciones a ese tráfico jurídico están admitidas: es el caso de las *limitaciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones,* que —precisamente por su carácter excepcional— están miradas con disfavor por la ley.

El *artículo 63 L.S.A.* —T.R. 22-12-1989— establece: «Sólo serán válidas frente a la sociedad las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos.

Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción».

El *artículo 123 R.R.M.* 29-12-1989 aclara los supuestos en que se hace prácticamente imposible la transmisibilidad, al establecer en su párrafo 4.º:

«Podrán inscribirse en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que prohíban la transmisión voluntaria de las acciones durante un período de tiempo no superior a dos años a contar desde la fecha de constitución de la sociedad.»

Citamos este supuesto como uno más de prohibición de disponer recogido en un contrato oneroso, como es el contrato de sociedad. La naturaleza del contrato de sociedad es, sin embargo, peculiar, en la medida que los contratantes no ostentan intereses contrapuestos sino convergentes, y no existen propias contraprestaciones —ni se está facultado para ejercitar la facultad resolutoria del artículo 1124 C.C.— lo que ha llevado a la doctrina a calificarlo como «contrato plurilateral de organización»[11].

Responde al criterio que defendemos de posibilidad en casos excepcionales de prohibiciones de disponer en actos o contratos a título oneroso, siempre que sean *temporales,* obedezcan a una *causa justa* y cumplan los requisitos de *publicidad* que el moderno tráfico exige. Esto último se ha conseguido en el nuevo R.R.M. exigiendo que las restricciones consten en los estatutos y que las acciones sean nominativas,

[11] Rodrigo Uría, «Derecho Mercantil», página 160.

pues hasta entonces se permitían en las acciones al portador, lo cual era incompatible con el régimen propio de las acciones al portador[12].

XV. Pactos sobre disposición del derecho del superficiario

El derecho de superficie está regulado en el *artículo 16 del R.H.* que exige la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad con carácter constitutivo, siendo circunstancias necesarias para la inscripción ias siguientes:

a) Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años, transcurridos los cuales lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo.

b) Canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyese a título oneroso.

c) Plazo para la realización de la edificación.

d) *Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.*

e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento del contrato, con prohibición del pacto comisorio.

De este artículo se deduce:

1.º Que se puede constituir el derecho de superficie a título oneroso o gratuito (en éste último caso no cabría duda de la posibilidad de prohibiciones de disponer impuestas al superficiario).

2.º Que en caso de constituirse a título oneroso podrían pactar limitaciones a los actos dispositivos del superficiario (lo confirma el *artículo 171-2.º* de la L.S., que aunque considera transmisible el derecho de superficie admite limitaciones en el título constitutivo).

RECAPITULACION SOBRE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER EN NEGOCIOS ONEROSOS: NECESIDAD DE CAUSA SUFICIENTE

A mi juicio la decisión sobre la validez o no —y consiguiente inscribibilidad— de las prohibiciones de disponer, no debe enfocarse desde

[12] Broseta Pont, «Acciones: clases y régimen jurídico», pág. 471.

el punto de vista de la *causa genérica del negocio sino atendiendo a la causa concreta.*

Es decir, no existe a priori razón alguna para que las prohibiciones de disponer sean lícitas en los *negocios gratuitos* y no en los negocios onerosos, máxime si tenemos encuenta el *disfavor con que los negocios gratuitos son tratados por nuestro Derecho.*

De Castro denuncia la fragilidad de la relación negocial nacida del negocio gratuito, que cifra en que están expuesto a rescisión (artículo 1.111 C.C.), que no es eficaz en perjuicio de tercero la renuncia gratuita (artículo 1.001 C.C.), la privación al adquirente de la condición de tercero protegido (artículo 34 L.H.), en la posibilidad de reducción de las donaciones inoficiosas (artículo 636 C.C.) e incluso en la posibilidad de revocación de los negocios gratuitos (artículos 644-653 C.C.)[13].

En efecto, los negocios gratuitos no gozan de la misma «honorabilidad» que los negocios onerosos, como lo prueba que la buena fe no se presume en los negocios gratuitos que se presumen realizados en fraude de acreedores (artículo 1.297 C.C.), y —consiguientemente— no pueden amparar la condición de tercero protegido por la fe pública registral (artículos 34 y 37 L.H.), e incluso son objeto de interpretación restringida (artículo 1.289 C.C.).

Se trataría de un fenómeno parecido al de los derechos personales, en principio no tan sólidamente protegidos por el Ordenamiento como los derechos reales, como lo prueba el que el ámbito de autonomía de la voluntad es mucho menor (artículo 1.255 C.C.).

¿Por qué sin embargo los negocios gratuitos han de *justificar la imposición de prohibiciones de disponer* que suponen una restricción del tráfico jurídico? ¿Por qué no han de poder admitirse en supuestos excepcionales de negocios onerosos en que tal reconocimiento esté justificado? No parece suficiente el argumento de la atribución sin contraprestación; el mero ánimo de liberalidad no justifica por sí sólo que se excepcionen principios generales del Derecho, sea el de responsabilidad patrimonial universal (como ha reconocido la *R.D.G.R.N. de 22-2-1989*) sea el de libertad de tráfico jurídico.

La razón de que hasta ahora tan sólo se hayan admitido prohibiciones de disponer en los negocios gratuitos —y sin profundizar en la causa concreta del negocio— puede radicar en una explicación histó-

---

[13] De Castro, «El negocio jurídico», página 263.

rico-tradicional, en la medida que originariamente nacieron vinculados al fenómeno sucesorio (vinculaciones y mayorazgos), de manera que el C.C. al regularlas para restringir sus efectos, no concibe otras que no sean las ligadas a la sucesión mortis causa y en particular testamentaria (artículo 785 en relación con el 781, en sede de sustituciones).

El razonamiento se fortalece si tenemos en cuenta que la *causa genérica del negocio no siempre está clara:* existen negocios en los que su causa gratuita (ánimo de liberalidad) o su causa onerosa (la contraprestación de la otra parte) no está claramente definida.

Así existen *negocios aparentemente gratuitos,* en los que en principio estaría permitida la constitución de prohibiciones de disponer —artículo 26 L.H.— y que sin embargo, tienen más bien una causa onerosa o al menos mixta. Es el caso de las donaciones remuneratorias, capitulaciones matrimoniales, instituciones contractuales de heredero, etc.

Por el contrario existen negocios onerosos que sin embargo, bajo la *apariencia de onerosidad* responden —o pueden responder— a ánimo de liberalidad. Es el caso de las ventas simuladas que encubren una donación por inexistencia de precio, compraventas con atribución —o reserva— de usufructos sucesivos a favor del adquirente y su cónyuge, compraventas con pacto de sobrevivencia en Cataluña, contrato de renta vitalicia, etc.

Por eso más que a construcciones dogmáticas, debemos acudir, para calificar la validez de una prohibición de disponer, a su *causa concreta,* para admitirlas cuando exista una *razón económico-jurídica suficiente y justa, protegible por el Ordenamiento jurídico.*

En todos los supuestos antes estudiados existe una causa justificada que ampara el establecimiento de una prohibición de disponer.

Ya vimos, al estudiar los requisitos de las prohibiciones de disponer, como uno de sus fundamentales caracteres es el de la causa justa, y que tal causa genérica no es otro que la finalidad de garantía a que responde la figura jurídica de la prohibición.

Junto a esta causa genérica pueden coexistir múltiples causas concretas o intereses garantizados, todos los cuales deben a su vez ser lícitos y no contrarios a la moral o al orden público (artículo 1.255 C.C.) —protección del interés familiar, de la unidad del patrimonio familiar, de los hijos menores, etc.—.

Desde este punto de vista, no existe ninguna razón para excluir

siempre las prohibiciones de disponer del ámbito de los negocios onerosos.

No cabe compartir la afirmación de Díez-Picazo de que «para su plena eficacia las prohibiciones de disponer necesitan de un soporte causal que sólo se lo proporciona el carácter gratuito de la transmisión, de manera que si el adquirente lo es por título oneroso y satisface la contraprestación, la estipulación en virtud de la cual en lo sucesivo no realizará actos dispositivos no tiene más alcance que el de una prestación de carácter accesorio»[14].

Y no cabe compartirla porque hemos comprobado en que numerosos supuestos de contratos onerosos está justificado la existencia de limitaciones temporales de la facultad dispositiva. Además una de las causas que lo justifican puede ser precisamente *garantizar la contraprestación* del adquirente, pues el propio Díez-Picazo con sus palabras está dejando abierta la posibilidad de que en caso de que todavía no se haya satisfecho la contraprestación puede la prohibición de disponer tener sentido.

Lo que ocurre que el principio consagrado en nuestro Derecho de libertad de tráfico (cfr. artículo 107 párrafo 3.º y múltiples resoluciones como la *R.D.G.R.N. de 22-2-1989)* implica —en el tema que nos ocupa— dos cosas:

a) Que en principio las prohibiciones de disponer deben *ser admitidas excepcional y restrictivamente,* pues los negocios onerosos deben ser intepretados en favor de la mayor reciprocidad de intereses (artículo 1.289 C.C.) de manera que su admisibilidad debería estar «lega ferenda» amparada por un reconocimiento legal.

b) Que en los casos en que se admitiera, debería exigirse una *causa concreta merecedora de protección,* excluyéndose todos aquellos supuestos en los que la prohibición de disponer no añada nada a la garantía del favorecido obtenida por otros medios (v.gr. venta con precio aplazado garantizado con condición resolutoria y en la que se pretende imponer además al comprador una prohibición de disponer en tanto se satisfaga el precio).

En este sentido —en contreto con relación a las hipotecas— Amorós Guardiola[15] considera que existen numerosos supuestos de cláusulas

---

[14] Díez-Picazo, «Fundamentos», tomo II, página 713.
[15] Amorós Guardiola, «La causa del crédito hipotecario», página 134.

limitativas en las hipotecas cuya ineficacia ha sido negada por la D.G.R.N. siempre por la misma razón de falta de justificación suficiente.

Sería el caso de la prohibición absoluta de arrendar, de la prohibición de enajenar la finca *(R.D.G.R.N. de 26-7-1928)*, del vencimiento de la hipoteca por enajenación de la finca *(R.D.G.R.N. de 25-11-1935)*, o la inmediata devolución del préstamo si la finca hipotecada se enajena, grava o es objeto de anotación de embargo *(R.D.G.R.N. de 18-11-1960)*.

En concreto se argumenta que por medio de estos pactos no se obtiene una mayor firmeza de la garantía estipulada; que de esta manera se disminuye el crédito territorial injustificadamente; que se trata de una exigencia exorbitante del acreedor; o que implican una limitación innecesaria y abusiva para el dueño de los bienes.

En concreto, la *R.D.G.R.N. de 27 de enero de 1986* considera que el pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca por transmisión de la finca sin el cumplimiento de las condiciones impuestas por el acreedor hipotecario, es una innecesaria y abusiva limitación del dueño a disponer de sus bienes, contra el principio de libertad del tráfico inmobiliario.

De igual manera la *R.D.G.R.N. de 7 diciembre de 1978* considera que si junto con la opción se pacta una prohibición de disponer deberá denegarse ésta —en la de *19 de julio de 1991*, que se planteó la validez de un contrato de opción de compra, ni siquiera se recurrió este defecto, aceptándose como no inscribible—.

Amorós Guardiola llega incluso a afirmar que todos estos pactos de limitación de actos de enajenación, gravamen o arrendamiento posterior por el deudor hipotecario, carecen de causa de garantía, y en consecuencia «no sólo son inscribibles —plano de ineficacia registral que además en materia de hipotecas es más grave por ser la inscripción constitutiva y no producir efectos ni siquiera inter partes si no están inscritos— sino que también son inválidos —plano de ineficacia civil— doble secuencia que debe afirmarse sin rodeos aunque muchas veces la Dirección General no ha llegado a formular la calificación negativa con tal extensión»[16].

También señala este autor supuestos de *falta de causa* —ya ajenas al tema que nos ocupa referente a las prohibiciones de disponer— como son las *hipotecas solidarias* (hipoteca sobre dos fincas en garantía de un mismo crédito y por la totalidad del mismo) y las *subsidiarias*

[16] Amorós Guardiola, op. citada, pág. 141.

(constituidas en defecto de otra hipoteca anterior para el caso de que ésta no sea suficiente), caracterizadas por constituir una superposición de garantía sin distribución de responsabilidad, ya que implican un abuso en la posición del acreedor garantizado. De la misma manera (por falta de causa de garantía que justifique el negocio) tampoco serían admisibles los demás supuestos de superposición de garantías reales, como sería el establecimiento de una hipoteca y una prenda, o una hipoteca mobiliaria y otra inmobiliaria (op. citado páginas 192 a 207, donde estudia las R.D.G.R.N. de 24-1-1916, 16-3-1929 y 12-3-1936).

Aun estando plenamente de acuerdo con tal exégesis del problema de los pactos limitativos de las facultades dispositivas del deudor hipotecario, ya hemos defendido la posibilidad de ciertos pactos hasta ahora excluidos, pero que pueden tener causa o razón de ser suficiente, como son —en materia de hipotecas— el de prohibición de constituir *arrendamientos sujetos a prórroga forzosa,* o en todo caso, como ya es admitido por la D.G.R.N. que disminuyan el valor de la finca hipotecada.

Avila Navarro, señala una serie de pactos que no son inscribibles en el Registro de la Propiedad por ser equiparables a la prohibición impuesta al deudor hipotecario de enajenar la finca: la prohibición relativa de disponer en favor de determinadas personas o con consentimiento del acreedor o la prohibición indirecta consistente en estipular unas condiciones del préstamo para el prestatario y otras distintas para los posteriores adquirentes. Pero se plantea un supuesto en el que puede estar justificada tal *prohibición indirecta:* los préstamos concedidos por determinadas entidades de crédito en favor de empleados, o por entidades públicas en favor de personas en quienes concurren una serie de condiciones familiares o económicas en atención a las cuales se ha fijado el capital o los intereses; resultaría injusto que se admitiese la inmediata enajenación de la finca hipotecada con subrogación de otra persona que no reúne tales características, la cual se beneficiaría de las condiciones más ventajosas[17].

Este autor opta por considerar a pesar de todo no inscribible el pacto al amparo del artículo 27 L.H., si bien defiende la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado del préstamo en estos casos o la posibilidad de pactar junto a las condiciones favorables otras que los sean menos para el caso de enajenación.

---

[17] Avila Navarro, «La hipoteca», C.E.R., páginas 183 y 184.

A mi juicio sin embargo, no existen razones para admitir estos pactos y no la prohibición de enajenar.

Considero que tal prohibición de disponer goza, en los casos de préstamos otorgados en atención a las cualidades del deudor, de causa suficiente para admitir su validez e inscribibilidad.

En definitiva, a mi juicio deberá tenerse en cuenta, para decidir la validez o no —y consiguiente inscribibilidad— de las prohibiciones de disponer en negocios onerosos, si existe *interés digno de protección por el Ordenamiento jurídico,* como a mi juicio existe en los supuestos que anteriormente hemos estudiado.

CAPITULO QUINTO

EFECTOS DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

EFECTOS RESPECTO DE ACTOS DISPOSITIVOS POSTERIORES

Los actos dispositivos posteriores a la constitución de la prohibición de disponer son *nulos de pleno derecho* de conformidad con el artículo 6 párrafo 3.º del C.C., salvo que en el título de constitución o en la norma jurídica de la que derive la prohibición se establezca un efecto distinto para caso de contravención.

Ya hemos visto casos de prohibiciones legales que reconocen al beneficiario de la prohibición una mera acción de *anulabilidad* y no de nulidad absoluta: caso del artículo 96 y 1.320 del C.C. en relación con el 1.322 C.C.; artículo 13 del Estatuto de la explotación familiar agraria de 24-12-1981; etc., supuestos todos ellos de constitución de prohibiciones de disponer por vía del *asentimiento* de un tercero —en estos casos el cónyuge no titular—.

Si por el contrario, la prohibición de disponer se constituye como mera *figura restrictiva* de la facultad de disposición, en tal caso el efecto será siempre de nulidad absoluta.

También en el título de constitución, en caso de prohibiciones voluntarias, puede regularse con efectos distintos para caso de contravención. Y también dependerá de la forma de constitución de las mismas, pues si la prohibición se arbitra a través de la exigencia de intervención de otra persona para la realización del acto dispositivo, el efecto de su contravención puede configurarse como de mera anulabilidad; en tanto que si se priva en absoluto de la facultad de disposición, en tal caso el efecto siempre tendrá que ser de nulidad absoluta, sin que se pueda prever la mera anulabilidad del acto —dada la conformación estructural de la prohibición de disponer, que priva en absoluto de la facultad de disponer—.

Consiguientemente, en caso de *prohibición de disponer inscrita* en el Registro de la Propiedad, el Registrador no podrá inscribir el acto dispositivo realizado con posterioridad a la inscripción de la prohibición

de disponer, por adolecer de falta insubsanable, esto es, por ser determinantes de la ineficacia registral definitiva del acto dispositivo, de manera que aun cuando sean objeto de sanación —v.gr. transcurso del plazo de la prohibición— exigirán una nueva presentación del título, sin que a estos efectos mantenga su vigencia la prioridad ganada con el asiento de presentación primitivamente practicado —según la definición de faltas insubsanables sostenida en por mí en otra ocasión—.

Sólo en los casos excepcionales de configuración de la prohibición como exigencia de asentimiento por un tercero —sea el favorecido por la prohibición u otra persona— podrá calificarse la falta de subsanable, en cuanto determinantes de una ineficacia registral provisional, dada la posibilidad de confirmación del acto por aquélla, pudiendo entretanto mantener la prioridad ganada con el asiento de presentación inicialmente practicado.

En ambos casos se produce —con el distinto alcance subsanable o insubsanable antes visto— un cierre registral, (a diferencia, como se vio, de los derechos de adquisición preferente). Así lo confirma la jurisprudencia de la D.G.R.N., en los siguientes supuestos:

a) No es inscribible una escritura de *venta* de una finca por los albaceas, si fue adjudicada por el causante al heredero con imposición de una prohibición de disponer.

Así lo dispone la *R.D.G.R.N. de 15 noviembre de 1972,* que se planteó si una prohibición de disponer impuesta por el causante en su testamento excluye la enajenación de los bienes de la herencia para el pago de las deudas de la misma. La D.G.R.N. en efecto, confirma la calificación denegatoria, en base a que para el pago de las deudas debe acudirse primero a la enajenación de bienes de la herencia no afectados por la prohibición.

b) No cabe *hipotecar* los bienes sujetos a prohibición de disponer, salvo que acreedor y deudor convengan que su efectividad quede subordinada a que la finca quede libre de la traba impuesta *(R.D.G.R.N. de 18-1-1963).*

c) No es inscribible un *expediente de dominio* reanudador del tracto sucesivo interrumpido, cuando los bienes inscritos están sujetos a una prohibición de disponer vigente *(R.D.G.R.N. de 15-1-1952).*

d) El *pacto de sobrevivencia* en las adquisiciones por cónyuges casados en régimen catalán de separación de bienes impide la enajenación por uno de los cónyuges de su participación.

Lo confirma la *R.D.G.R.N. de 29-12-1977,* ya estudiada al analizar anteriormente dicho pacto y sus efectos frente a *embargos* posteriores, que dicha resolución sí admite que puedan practicarse —pese a la prohibición de disponer— al igual que lo admite la jurisprudencia más reciente, si bien en la actualidad se entiende que la enajenación forzosa derivada del embargo —aunque no extingue el pacto— queda subordinada a los efectos que dicho pacto llegue a tener sobre el derecho del cónyuge embargado *(S.T.S.J. Cataluña de 14-6-1990).*

En efecto, *no determinan el cierre registral* las prohibiciones de disponer respecto de:

1. Las *anotaciones de embargo* por deudas del propietario gravado con la prohibición, dado el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 C.C., que se vería burlado si por vía de prohibiciones de disponer quedasen excluidas las anotaciones de embargo.

Lo que a juicio de la doctrina mayoritaria no caben son las adjudicaciones derivadas de tales embargos, ya que en tal caso se traspasarían los límites del derecho subjetivo del deudor y su poder de disposición. Esto en efecto sería así, salvo que se interprete que del título constitutivo de la prohibición —si es voluntaria— o de la ley —si es legal— se circunscribe la prohibición de disponer a los actos dispositivos voluntarios. Precisamente a mi entender, las prohibiciones deben en principio comprender tan sólo las disposiciones voluntarias, y no excluir las forzosas derivadas del apremio, dado el principio de responsabilidad patrimonial imperativo del artículo 1.911 C.C. El problema de que en tal caso podrían burlarse a su vez los efectos de la prohibición, mediante la simulación de un proceso, debe resolverse por los cauces habituales (acción de simulación ejercitada por el favorecido).

No obstante, la *R.D.G.R.N. de 5-9-1974* siguiendo el criterio mayoritario, permitió la anotación de embargo sobre finca inscrita con prohibición de disponer, pero no su adjudicación, pues ello supondría «traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado, así como su poder de disposición, con olvido de los posibles derechos que terceras personas ostentan sobre el inmueble».

Sin embargo, tal criterio no ha sido uniforme.

Por el contrario favorable a mi tesis es la *R.D.G.R.N. de 29-12-1977* que no sólo permitió el embargo sobre mitad indivisas sujetas a pacto de sobrevivencia sino incluso su enajenación forzosa —previa extinción

del pacto, extinción que hoy no se acepta y que se trata de explicar a través de la teoría de comunidad germánica, como se vio anteriormente, pero que yo entiendo que puede ser explicado en el sentido de que tal pacto sólo excluye las enajenaciones voluntarias del cónyuge—.

Y sobre todo la *R.D.G.R.N. de 22 de febrero de 1989* definitivamente confirma esta orientación, al defender el *carácter imperativo del principio de responsabilidad patrimonial universal.* Se trataba de un procedimiento de apremio por impago de cambiales, en virtud del cual se trabó embargo sobre una finca del deudor, que éste había adquirido por herencia «sujeta a la condición impuesta por el testador de que no podrá ser enajenada en forma alguna, por ningún concepto, mientras viva F.C.R., ni aun por éste mismo».

El Registrador deniega la inscripción, debido a la existencia de esta prohibición de disponer y en recurso contra su calificación el Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirma la calificación en base a que el Juez no puede transmitir derechos que no ostenta la persona por la que actúa. La D.G.R.N. revoca sin embargo, la calificación, dando razón al recurrente y al Magistrado informante (que había defendido —como yo lo hago— que la prohibición de disponer sólo debe afectar a aquellos actos de disposición voluntariamente realizados por quien aparece sujeta a ella). Los argumentos de la citada *R.D.G.R.N. de 22-2-1989* son los siguientes:

«a) Entender que cabe en el momento de disponer de un bien a título gratuito substraer el bien a la ocasión de los acreedores del donatario, desdibujaría gravemente el principio de responsabilidad patrimonial universal, con evidente detrimento del crédito y negativas consecuencias para la economía del país.

b) No es necesario excepcionar el artículo 1.911 C.C. para el establecimiento de un concreto orden sucesorio respecto de determinados bienes (dentro del límite del artículo 781 C.C.) pues la limitación temporal de los derechos de cada uno de los llamados no es incompatible con la posible ejecución forzosa del derecho de cada uno. Con la prohibición de disponer (en la que la facultad dispositiva del derecho, que generalmente va implícita en él, se sustrae a su titular sin atribuirla a persona alguna) son otras las finalidades pretendidas: bien late en ellas una desconfianza respecto a la aptitud del sujeto afectado para el recto gobierno de sus intereses, bien se pretende amparar la posición de determinados terceros que, sin embargo, no se considera de entidad suficiente para determinar la atribución de un derecho subjetivo; mas en

el primer caso no debe ignorarse el postulado legal de que la persona con capacidad de obrar se le reputa apta para la realización responsable de todos los actos de la vía civil (con las excepciones legales establecidas) y que la misma ley al establecer la inembargabilidad de ciertos bienes (artículo 1.449 L.E.C.) parece señalar el límite en que la situación económica del deudor permite excepcionar el artículo 1.911 C.C. y con relación al segundo, es natural la *no tutela jurídica de intereses que pudiendo no se quisieron configurar como derechos subjetivos.*

c) La responsabilidad patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la ley misma; esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligaría al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito, no sólo la importancia del patrimonio del deudor sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico.

d) Junto a las deudas voluntariamente contraídas por el deudor están aquellas otras que derivan directamente de la titularidad del bien afecto a la prohibición, tanto las que la ley establece por esa razón (v.gr. de tipo fiscal) como las que resulten de las peculiares características de aquél (v.gr. las derivadas de su inclusión en régimen de propiedad horizontal).

Por todo lo anterior ha de concluirse que la seguridad económica del deudor no puede mantenerse a costa de tan *considerables quebrantos para la organización jurídica de la colectividad,* debiendo restringirse el efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión, pues aun implicando una relativa amortización, contra el principio general de libre tráfico de los bienes, sólo compromete el interés particular del titular sin repercusión directa y apreciable sobre el orden público, y sin que quepa estimar la alegación de que con tal interpretación resultan aquéllas fácilmente burladas e inoperantes por vía de la simulación de deudas y de las connivencias procesales, pues las normas no deben ser interpretadas desde la perspectiva e su eventual incumplimiento (artículo 3 C.C.), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (artículos 6 y 7 C.C.), ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras de la consecución de fines particulares (artículo 1.255 C.C.).» (Fundamentos de Derecho tercero y cuarto).

Tampoco sería una contraexcepción la constituida por las prohibiciones que expresamente excluyan los embargos, que es una modalidad de prohibición de disponer nula, por contrario al superior principio de responsabilidad patrimonial universal.

A pesar de ello tal supuesto fue contemplado por la *R.D.G.R.N. de 29-12-1977,* en la que inscrito un usufructo adquirido por herencia con la prohibición de ser enajenado o embargado, declaró que la cláusula debatida estaba inscrita, y por tanto, bajo la salvaguardia de ios Tribunales, aunque —dijo— sea discutible si debió inscribirse en su día —por contravenir el citado principio de responsabilidad patrimonial universal—.

2. Tampoco excluyen las *enajenaciones forzosas de interés público,* —con más razón que las derivadas de un interés privado, ya que en estos casos la expropiación afecta no sólo a la tituralidad sino también a la prohibición de disponer misma.

3. No quedan tampoco excluidas las *hipotecas,* que se pueden inscribir pese a la existencia de una prohibición de disponer siempre que el vencimiento sea diferido a la extinción de la prohibición de disponer *(R.D.G.R.N. DE 18-1-1963).*

4. Evidentemente no quedan excluidas por la prohibición, y no existe respecto de ellas cierre registral, las *disposiciones mortis causa,* en la medida que lo que las prohibiciones excluyen por naturaleza son los actos dispositivos inter vivos —sean gratuitos u onerosos— pero no los mortis causa, pues en caso contrario nos encontraríamos ante una sustitución fideicomisaria (si lo que se prohibiera fuera las enajenaciones tanto onerosas como gratuitas) o un fideicomiso de residuo (si lo que se excluyera fueran las disposiciones mortis causa).

EFECTOS RESPECTO DE ACTOS DISPOSITIVOS DERIVADOS DE ASIENTOS ANTERIORES

La prohibición de disponer inscrita o anotada —si es judicial o administrativa— no impide que se inscriban actos dispositivos derivados de asientos inscritos con anterioridad, como por ejemplo, una hipoteca o una anotación de embargo que, con posterioridad a la inscripción o anotación de la prohibición, se ejecutan.

Así lo establece el *artículo 145 R.H.,* el cual establece:

«Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar comprendidas en el número 2 del artículo 26 y número 4 del artículo 42 de la Ley, impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto a la finca o derecho sobre los que haya recaído la anotación, hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero no será obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de anotación.»

Aunque dictado para las prohibiciones judiciales o administrativas, el mismo fundamento tiene respecto de las prohibiciones de disponer voluntarias —objeto de inscripción no de anotación— y de las legales —que no necesitan inscripción—: impiden la realización de actos dispositivos posteriores pero no los derivados o mera ejecución de asientos anteriores.

La anterioridad es referida por el citado artículo 145 R.H. a la inscripción del dominio o derecho real objeto de anotación, cuando —según la doctrina mayoritaria— debió referirse al momento de la anotación o inscripción de la prohibición para determinar sus efectos respecto a asientos registrales anteriores (Moxo, La Rica).

Es decir, su redacción es equívoca en cuanto que lo que la prohibición de disponer impide son los actos dispositivos posteriores a la anotación de la prohibición de disponer, pero no los derivados de asientos anteriores inscritos con anterioridad a la prohibición —aunque lógicamente lo hayan sido con posterioridad a la inscripción del dominio o derecho real—.

En definitiva, ejecutado un embargo o una hipoteca anotados o inscritos con anterioridad a la inscripción o anotación de la prohibición, quedará ésta cancelada, si bien deberá ser expresamente cancelada por el Juez si estaba vigente al expedirse certificación de cargas en el juicio ejecutivo, mientras que será suficiente la cancelación genérica si se anotó o inscribió con posterioridad a la nota marginal de expedición de cargas —cfr. artículo 233 R.H.—.

EFECTOS RESPECTO DE ACTOS DISPOSITIVOS ANTERIORES NO INSCRITOS

Desde un punto de vista sustantivo, la prohibición de disponer no excluye la validez de las enajenaciones que se efectuaron con anterioridad a la constitución de la prohibición de disponer, hasta el punto que

la propia eficacia de la prohibición de disponer inscrita tendrá como único apoyo la protección del tráfico jurídico a través del principio de legitimación registral —pues en realidad el titular gravado no era propietario—.

Sin embargo, desde un punto de vista registral (y no cabe olvidar como se dijo anteriormente, que las prohibiciones de disponer no son verdaderamente tales sino en su dimensión registral, esto es, en la medida que estén publicadas) el principio de prioridad a que se refiere el artículo 17 L.H. impide despachar ningún título de fecha igual o anterior que se oponga a otro ya anotado o inscrito.

La jurisprudencia no es unánime en este punto, ya que la *S.T.S. de 22 de marzo de 1943* sancionó la validez de la enajenación hecha con anterioridad a la fecha de la anotación de la prohibición de disponer, pero es de advertir como se trata de una sentencia anterior a la reforma hipotecaria de 1944 que introdujo el artículo 26 de la L.H.

Por el contrario, la *R.D.G.R.N. de 8 de mayo de 1943* recogió la doctrina contraria en un caso parecido. Se trataba de un mandamiento judicial de depósito y secuestro de la finca con prohibición de enajenarla, ordenada y anotada con fecha 31 de agosto de un determinado año, y de una venta presentada con posterioridad pero que tenía fecha de 14 de julio del mismo año. A juicio de la D.G.R.N.:

«(...) es indudable que en el Registro de la Propiedad, donde se había tomado anotación preventiva del mandamiento y de la prohibición, existía, en el momento de presentar el título —de venta— un obstáculo fundamental que por el momento impide la extensión del asiento solicitado, sin prejuzgar la validez o nulidad de las obligaciones y derechos constituidos.»

En efecto, ésta debe ser la solución correcta, al menos para las prohibiciones inscritas.

Dada la dimensión registral de la prohibición de disponer —que sin publicidad registral no es propiamente tal— deberá someterse a la misma doctrina que los derechos reales con los que tanta semejanza guarda, de manera que será obstáculo para despachar títulos contradictorios, aunque tengan fecha fehaciente anterior.

En esto se diferencian de las anotaciones de embargo, que por imperativo de los artículos 44 L.H. y 1.923 del C.C. tan sólo confieren preferencia respecto de actos posteriores, sin impedir la preferencia de los actos dispositivos anteriores inscritos con posterioridad, que excluirán

la ejecución (dado el principio de responsabilidad por deudas con el patrimonio del deudor, que excluye del apremio los bienes no integrantes de dicho patrimonio). Y es que mientras que las anotaciones de embargo recogen un crédito personal cuya satisfacción tratan de asegurar —constituyendo una excepción al sistema, caracterizado por el acceso al Registro sólo de los derechos reales—, las prohibiciones de disponer tienen verdaderamente eficacia real, y en consecuencia se rige por los principios del sistema, entre ellos el de prioridad registral del artículo 17 L.H.

Por eso, el artículo 44 de la L.H., a pesar e que se remita a la preferencia del artícuo 1.923 del C.C. también en el caso del artículo 42 número 4.º —esto es anotación de prohibición de enajenar—, debe ser interpretado correctamente, circunscribiéndolo al supuesto de anotación de prohibición —judicial o administrativa— esto es:

a) Prohibición ordenada judicial o administrativamente (se habla de anotación no de prohibición inscrita).

b) Y que se establezca en funciones de garantía de las resultas de un proceso en el que se ventilen meros derechos personales (del cumplimiento de cualquier obligación, artículo 44 L.H.).

Por el contrario, si se trata de prohibición voluntaria inscrita o de anotación de prohibición de disponer en acciones de vocación o trascendencia real (en el caso de la *R.D.G.R.N. de 8-5-1943* antes referida, se trataba de un secuestro judicial en un procedimiento universal de quiebra, en el que precisamente se discute la validez de enajenaciones anteriores), el cierre registral debe ser inmediato, incluso frente a adquisiciones de fecha fehaciente anterior.

Por otra parte, la *R.D.G.R.N. de 7 de febrero de 1959* destaca como la preferencia entre prohibiciones de disponer y ventas anteriores viene determinada por la de la fecha de presentación en el Registro, de manera que si —lógicamente— se presenta antes la venta que el mandamiento de prohibición, debe prevalecer aquélla. En efecto, se trataba de una venta, presentada en el Registro y retirada para pagar el impuesto; durante la vigencia del asiento de presentación se presenta mandamiento judicial ordenando la cancelación de unos asientos registrales —que precisamente permitían reinscribir la finca al titular que ahora vendía— y al mismo tiempo ordenaba la prohibición de disponer del inmueble. Según la D.G.R.N. lo correcto será practicar las siguientes operaciones:

1.º Cancelar los asientos a que se refiere el mandamiento, que permiten reinscribir el inmueble a favor del titular que pretende la venta.

2.º Inscribir la escritura de venta por estar presentada con anterioridad.

3.º Denegar el mandamiento en lo relativo a la prohibición de disponer.

En definitiva, los «documentos presentados serán despachados por orden de presentación en el Diario, si bien los Registradores al calificar deberán tener en cuenta todos los documentos presentados y los asientos en vigor».

CAPITULO SEXTO

CANCELACION DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

CANCELACION DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

La cancelación de las prohibiciones de disponer puede tener lugar a través de los siguientes medios:

1.º Por consentimiento del otorgante

Cabe la cancelación de las prohibiciones de disponer por quien las impuso en negocio a título gratuito, en concreto por donación —ya que las impuestas en testamento sólo producen efecto cuando ya no pueden ser revocadas por haber muerto el causante—, pero no las que —en los supuestos que se admita— se hayan impuesto en negocio oneroso, ya que para cancelar éstas se precisa el consentimiento de ambas partes contratantes.

El fundamento de poder cancelar las prohibiciones de disponer por quien las impuso, radica en que la voluntad del disponente es la que rige el negocio jurídico (artículos 1.274 y 1.281 C.C.), máxime cuando —hoy en día— es una situación jurídica no impuesta por el ordenamiento jurídico sino tan sólo tolerada (artículo 1.255 C.C.).

Ahora bien, será preciso que *no se lesionen* derechos adquiridos a su amparo, como resulta de la *R.D.G.R.N. de 13 de diciembre de 1963,* que admite que la prohibición de disponer impuesta por el donante al donatario «mientras viva el donante y su esposa», puede ser cancelada por escritura otorgada por donante —viudo entonces— y donatario, pues quien pudo donar puramente puede suprimir las limitaciones inicialmente impuestas siempre que no se perjudiquen derechos adquiridos por terceros.

2.º No puede cancelarse por consentimiento de todos los interesados en la partición

A primera vista, una prohibición de disponer impuesta por el causante en su testamento, no debería poder ser cancelada o ignorada por los herederos (al amparo del respeto a la voluntad del causante, ley que rige la sucesión conforme al artículo 675 y concordantes del C.C.).

Sin embargo, no es menos cierto que si el causante no ha hecho la partición de los bienes (en cuyo caso los herederos no pueden alterarla) el artículo 1.058 del C.C. permite a los herederos que tengan la mayoría de edad y libre administración de sus bienes poder «distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente».

Como señala Lacruz Berdejo, los herederos capaces y mayores de edad, actuando unánimemente, pueden partir de la manera que mejor les cuadre, acomodando la división a sus peculiares intereses y conveniencias[1].

¿Puede ser esto suficiente para que los herederos, por unanimidad, dejen sin efecto una prohibición impuesta por el causante sobre los bienes de la herencia? La respuesta debe ser negativa, no sólo por respeto a la voluntad del causante (artículo 675 C.C.) sino sobre todo, porque la *prohibición de disponer no atribuye al beneficiario derecho alguno susceptible de renuncia,* y en consecuencia no se puede dar el requisito exigido por el C.C. y la jurisprudencia de que estén presentes todos los interesados en la partición.

Podría inducir a confusión, si no se interpreta correctamente la *S.T.S. de 28 de enero de 1964,* que admitió la partición hecha por los herederos aun en contra de una sustitución de residuo impuesta por el causante, lo que dadas las semejanzas podría parecer aplicable por analogía a las prohibiciones de disponer.

En efecto, el causante había establecido en su testamento que: «En consideración a que su hijo Gregorio carece de descendencia, es la voluntad del testador y así lo ordena, que los bienes de su herencia correspondientes a dicho hijo los reciba en usufructo vitalicio, con facultad de disposición en actos inter vivos de consumo, enajenación y gravamen, y los bienes que existan al fallecimiento del mismo pasarán en pleno domino a los otros hijos del otorgante (...)».

---

[1] Lacruz, «Elementos», tomo V, pág. 144.

La citada S.T.S. 28-1-1964 establece la prevalencia de la partición entre los herederos, que se adjudicaron los bienes en pleno dominio por iguales partes, en los siguientes términos:

«(...) al no mencionar para nada la cláusula transcrita, que limitaba los derechos dispositivos de Gregorio, la adjudicación claramente mostraba que todos los herederos prescindieron de tal cláusula y que libremente acordaron adjudicarse el haber hereditario en pleno dominio, cuyo acuerdo ha de cumplirse, ya que no obstante que la partición de una herencia debe guardar todos los requisitos de fondo y forma, dirigidos a la determinación de los derechos de los interesados, ello no es obstáculo para que al practicarla, puedan los mismos celebrar cuántos pactos tengan por conveniente, los cuales serán válidos en Derecho y de obligatorio cumplimiento conforme a lo preceptuado en el artículo 1.058 del C.C., que autoriza a los herederos con plena capacidad de obrar a distribuir la herencia en la forma que tengan por conveniente (...) y no hay que atenerse a la rígida y absoluta voluntad del testador, pues si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden sin embargo, de común acuerdo, prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarlas.»

Todo ello confirma el carácter contractual de la partición por los herederos, que permite a todos los herederos mayores de edad por unanimidad prescindir de las disposiciones del causante que no hubiera hecho partición de sus bienes —incluso prescindir de la hecha por el contador partidor—.

Pero nò es suficiente para admitir la misma solución tratándose de prohibiciones de disponer, que no podrán ser ignoradas por los herederos, ya que en las mismas no existe atribución de derecho subjetivo susceptible de renuncia, a diferencia de la sustitución fideicomisaria de residuo que se planteó la citada sentencia, en la cual sí cabía que todos los interesados pactasen la liberación del gravamen.

El único supuesto en que sí cabría prescindir de la prohibición de disponer impuesta por el causante (siempre que no hubiera partición hecha por el mismo) sería si la prohibición fuera de las de asentimiento al acto dispositivo del heredero gravado por parte de alguno o todos los coherederos (v.gr. «Instituyo herederos a mis hijos A, B y C por terceras partes, si bien A no podrá vender los bienes que se le adjudiquen sin consentimiento de su hermano B»), en cuyo caso sí podrán todos los coherederos en el momento de la partición dejar sin efecto la

prohibición (pues en el fondo supone la prestación anticipada del asentimiento).

3.º Por no estar incluidos en la herencia los bienes afectados

Este será el único supuesto de aparente excepción respecto de lo antes dicho, en la medida que los herederos, pese a la prohibición de disponer impuesta por el causante, podrán enajenar los bienes para pagar las deudas de la herencia. Ello no es sino una «aparente» excepción en la medida que tales bienes en realidad no están sujetas a distribución entre los herederos.

Así lo confirmó la *R.D.G.R.N. de 19-9-1929,* que consideró no aplicable la prohibición de disponer impuesta por el causante sobre bienes de la herencia, respecto de unas fincas *adjudicadas en pago* de las deudas de la herencia, por entender que debe prevalecer el principio de que «antes es pagar que heredar» y «donde hay deudas no hay herencia».

Lo mismo reconoce la *R.D.G.R.N. de 1 de septiembre de 1976* al considerar que las prohibiciones de disponer sólo afectan a la herencia una vez pagadas las deudas y que en consecuencia no excluyen la adjudicación para pago de las mismas, «ya que la prohibición de enajenar establecida sólo recaerá sobre la herencia, entendida por tal, la que reste una vez satisfecha las obligaciones que pesaban sobre el patrimonio del cusante» (considerando quinto).

Esta resolución se basa además en otros dos argumentos de peso:

a) Que mientras no se paguen las deudas no se pueden determinar los derechos del *legatario de parte alícuota* —que ésta era la condición del gravado con la prohibición en el supuesto de hecho de la citada R.D.G.R.N.—.

b) Que en nuestro Derecho *no existe confusión de patrimonios* entre causante y herederos —lo que excluiría el razonamiento de que la prohibición no afecta a los bienes con que se pagan las deudas—. «Así se deduce del artículo 1023 C.C., de las reglas sobre prelación de créditos del C.C. y de las facultades de intervención atribuidas a los acreedores hereditarios para lograr el pago de sus créditos sobre el patrimonio del causante, todo ello aunque el heredero no se haya acogido al beneficio de inventario» (considerando tercero).

4.º Por transcurso del plazo de su duración

También se extingue la prohibición de disponer impuesta por transcurso del plazo por el cual se constituyó, requisito éste esencial para la propia eficacia de la prohibición. Ya vimos cómo este plazo no puede exceder del *segundo llamamiento* (artículo 785 en relación con el 781 C.C.) y que la prohibición que exceda *es totalmente ineficaz* (aunque exista un sector doctrinal que defienda su ineficacia parcial por virtud del principio de conservación del negocio).

La *S.T.S. de 12 de noviembre de 1990* equipara llamamiento a *grado o generación,* desestimando la acción de revocación de donación por incumplimiento de cargas que había interpuesto el bisnieto del donante, por entender que carece de título para reivindicar por estar fuera del segundo grado o generación (artículos 741 y 781 C.C.).

Precisamente por su carácter temporal, es por lo que se permite la anotación de embargo de bienes sujetos a prohibición de disponer, si bien con dilación de su ejecución al transcurso del plazo por la que se constituyó —cfr. *R.D.G.R.N. de 23-10-1980—,* al igual que la *hipoteca* sobre bienes afectados por la prohibición, siempre que se acuerde la no ejecución hasta la finalización de la traba —cfr. *R.D.G.R.N. de 18-1-1963—.*

5.º Por cumplimiento de la condición

Si la prohibición de disponer se hubiere configurado como condicional (carácter éste no esencial a diferencia del de temporalidad), quedará extinguida una vez cumplida la condición (artículo 1.114 C.C.) —v.gr. caso de haberse prohibido al heredero disponer de los bienes de la herencia mientras no tenga hijos que lleguen a la mayoría de edad—. Su cumplimiento a efectos registrales, se acreditará por *nota marginal* (cfr. artículo 23 L.H.).

Y todo ello siempre que la condición impuesta al heredero o legatario gravado con prohibición de disponer, no sea imposible o contraria a la ley o las buenas costumbres —v.gr. prohibición de disponer impuesta al heredero o legatario mientras no cometa determinado delito—, ya que en tal caso habrá que optar por la nulidad total de la prohibición, dado el principio de que la propiedad es naturalmente libre —cfr. artículos 792 y 1.116 C.C.—.

La *R.D.G.R.N. de 18 de enero de 1979,* para un supuesto de com-

praventa en la que el comprador adquirió el pleno dominio con obligación de no transmitir el terreno comprado mientras no se realizasen determinadas obras de construcción, aclara que no puede cancelarse por medio de nota marginal mediante acta notarial acreditativa de la realización de las obras, por no tratarse de una *propia condición* ya que no se hizo depender el nacimiento o extinción de la relación jurídica de un hecho futuro o incierto sino que se trataba del cumplimiento por parte del comprador de las obligaciones pactadas con el vendedor (todo ello sin perjuicio de que la citada R.D.G.R.N. advirtiera de que por tratarse de una prohibición en acto oneroso podría cancelarse como simple pacto obligacional a instancia del interesado de conformidad con el artículo 98 L.H.).

6.º Por ser los bienes afectados por la prohibición adjudicados en pago de la legítima

Si los bienes integrantes de la herencia, se hubieran gravado por el testador con prohibición de disponer, quedará esta extinguida o ineficaz respecto de los bienes que se hubieran adjudicado al heredero o legatario gravado en pago de su legítima, lo cual incluso puede que ocurra con posterioridad a la inscripción de los bienes hereditarios a nombre del heredero con prohibición de disponer (caso v.gr. del artículo 15 L.H.) lo cual exigirá una cancelación expresa respecto de tales bienes de la prohibición impuesta.

Esto no es sino consecuencia de lo dispuesto en el *artículo 813 párrafo 2.º C.C.,* el cual establece que el testador no puede imponer sobre la legítima ningún gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie.

Indirectamente se planteó el supuesto la *R.D.G.R.N. de 1 de septiembre de 1976,* que no llegó al fondo de la cuestión por no haber sido planteado por los recurrentes, aunque advierte de la posible «incidencia que sobre el punto central del recurso pudiera presentar la intangibilidad de la legítima del hijo» (considerando 1.º).

7.º Por fallecimiento de la persona a cuyo consentimiento se vincula la disposición

Si la prohibición no se ha configurado como una mera restricción de derechos, sino que se ha vinculado el ejercicio de la facultad de disposición al consentimiento de una persona (v.gr. prohibición de disponer al heredero C —que tiene merma de las facultades mentales—

sino es con el consentimiento de sus hermanos A y B), en tal caso debe entenderse que la prohibición se extingue si fallece la persona que debe prestar el consentimiento.

Así lo establece, respecto de Cataluña, el *artículo 117* de la Compilación en relación con el *211* («Si el testador autorizase al fiduciario de residuo para disponer con autorización de la persona o personas designadas al efecto, quedará libre de esta limitación si dichas personas hubieren fallecido, renunciado o quedado incapacitadas, a menos que resulte ser otra la voluntad del causante»)[2], cuya solución es igualmente aplicable en Derecho común —a falta de precepto específico y dado el principio de analogía—.

Dudoso es que sea el más correcto este criterio de extinción de la prohibición en caso de renuncia o incapacitación de la persona cuyo consentimiento se precisa para la enajenación. En estos supuestos no debiera haberse aceptado la misma solución que la adoptada respecto al fideicomisario de residuo, ya que en éste la voluntad del otorgante es precisamente la de favorecer la disposición por parte del fiduciario, en tanto que en la prohibición de disponer ocurre lo contrario; debería haberse circunscrito la liberación de la prohibición al supuesto de muerte del tercero (para no crear una vinculación perpetua), dejando los supuestos de renuncia, incapacitación —al igual que la negativa injustificada—, al criterio del juez en el juicio declarativo o de liberación de cargas.

En todo caso, nunca quedaría extinguida la prohibición así configurada, por mera voluntad de la persona a cuyo consentimiento se vincula el ejercicio de las facultades dispositivas (no podrían A y B cancelar la prohibición en el ejemplo antes expuesto), ya que tal persona —y su intervención— no constituyen más que un elemento accesorio del negocio.

Rodríguez López pone el ejemplo de la *donación de bienes privativos* en las que el cónyuge donante prohíbe a los donatarios la disposición de los mismos mientras vivan él y el otro cónyuge no donante. En este caso, durante la vida de ambos esposos, los donatarios podrán disponer con el consentimiento de ambos, pero sólo por voluntad del donante podrá liberarse de la prohibición —cfr. *R.D.G.R.N. de 13-12-1963*— bastando que él la cancele sin que sea necesario ni suficiente por sí mismo el consentimiento del cónyuge no donante[3].

---

[2] Hoy artículo 245 del Código de Sucesiones de 30 de diciembre de 1991.
[3] Rodríguez López, «Prohibiciones voluntarias», pág. 816.

Por eso, una vez fallecido el cónyuge donante, no podrá cancelarse la prohibición por voluntad del cónyuge no donante, aunque Rodríguez López opina lo contrario, es decir, que sí puede liberarla por concurrir todos los favorecidos; pero esto no puede aceptarse, por ser la voluntad del otorgante la que configura los términos de la prohibición (artículo 1.274 C.C.) y porque por su naturaleza, la prohibición no atribuye al favorecido derecho alguno susceptible de renuncia.

Y en todo caso, si el que fallece es el cónyuge no donante, el cónyuge sobreviviente puede liberar por sí mismo la prohibición, no como favorecido por la prohibición sino como donante que impuso la prohibición.

8.º No cabe cancelación por los favorecidos

De lo dicho, se infiere claramente, que no cabe cancelación de la prohibición por los favorecidos por ella, ya que a diferencia de otras instituciones (como la sustitución fideicomisaria o los derechos de adquisición preferente) *no atribuyen derecho subjetivo susceptible de renuncia* —cfr. *R.D.G.R.N. de 14-10-1932*—.

Así v.gr. si se hubiera ordenado que el heredero no podrá disponer de los bienes adquiridos por herencia del causante «mientras viva la madre del heredero» (esposa del causante), una vez abierta la sucesión no pueden el heredero y la madre favorecida por la prohibición, vender la finca, ya que la voluntad del padre fue prohibir la venta de la finca en vida de su esposa —con o sin su consentimiento—. Distinto es que se hubiera ordenado la no enajenación de la finca «sin consentimiento de la madre», en cuyo caso tal consentimiento sería cabalmente suficiente.

9.º Por enajenación forzosa por causa de utilidad pública

En caso de expropiación forzosa por causa de utilidad pública se extingue la prohibición de disponer impuesta, ya que no sólo se expropia la finca, sino también la propia prohibición de disponer.

Así lo establece expresamente la legislación de expropiación forzosa de 16-12-1954 en su artículo 8.º, a cuyo tenor la cosa expropiada se adquirirá libre de cargas, salvo las compatibles con el nuevo destino.

Por la misma razón, en los supuestos de reparcelación se extinguen también las prohibiciones de disponer, por aplicación subsidiaria de la

legislación de expropiación forzosa (artículo 102 Ley del Suelo), al menos en los terrenos de cesión obligatoria (artículo 31 R.G.U., que exige que se adjudiquen libre de cargas).

10.º Por ejecución en procedimiento de apremio

Son muchos los casos que hemos ido viendo en que la jurisprudencia justifica el embargo y ejecución de bienes sujetos a una prohibición de disponer (v.gr. en compraventa con pacto de sobrevivencia en Cataluña), para no contravenir el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 C.C.

A salvo tal supuesto, la jurisprudencia registral es sin embargo reacia a admitir la ejecución del embargo, aunque sí ha aceptado plenamente la anotación del mismo aunque recaiga sobre un inmueble sujeto a prohibición de de disponer. Es decir, cabe ganar prioridad a través de la anotación del embargo, pero no cabría ejecución hasta que la prohibición quedase liberada por transcurso del plazo «pues en otro caso se traspasarían los límites del derecho subjetivo del obligado» *(R.D.G.R.N. de 5-1-1974).*

Yo ya he defendido mi postura favorable a la prevalencia del principio de responsabilidad patrimonial universal y a que en rigor las prohibiciones de disponer sólo excluyen las enajenaciones voluntarias —inter vivos— pero no las forzosas, a salvo el derecho del favorecido por la prohibición para ejercitar la correspondiente acción en caso de maniobras fraudulentas para eludir la prohibición.

Y así lo confirma la estudiada *R.D.G.R.N. de 22 de febrero de 1989* que confirma el carácter imperativo del principio de responsabilidad patrimonial universal y permite la ejecución en apremio de los bienes gravados con prohibición de disponer, que sólo excluiría las enajenaciones voluntarias.

11.º Por ejecución de un embargo o una hipoteca anteriores a la prohibición

Ya vimos cómo la prohibición sólo produce sus efectos respecto de actos dispositivos posteriores, pero deja a salvo los derivados de asientos —v.gr. hipoteca o embargo— anteriores, de manera que la ejecución de los mismos llevará a la cancelación de la prohibición como carga

posterior no preferente —artículo 175 R.H.— sin necesidad de consignación del sobrante (por no tener el favorecido derecho de contenido económico), si bien la cancelación deberá ser ordenada expresamente por el Juez si la prohibición, aun siendo posterior, es anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas —artículo 233 R.H.—.

12.º En juicio declarativo o de liberación de cargas

Siempre cabría la cancelación de la prohibición de disponer en el correspondiente juicio declarativo o de liberación de cargas.

Lo que nunca cabría es acudir a la *jurisdicción voluntaria* para superar una prohibición de disponer, ya que el Juez no tiene facultad legal para sustituir la voluntad del otorgante, aunque sí para declarar la nulidad o inefectividad de la prohibición.

Por eso la *R.D.G.R.N. de 22 de junio de 1943,* para un caso de bien inmueble inscrito en el Registro bajo una prohibición de disponer impuesta por el donante, estableció que no pueden los padres vender con autorización judicial supletoria, al amparo del artículo 166 C.C., pues «la autorización judicial puede suplir la falta de capacidad jurídica pero nunca la carencia de poder dispositivo».

Igualmente criticable sería la cancelación en vía de recurso gubernativo por mucho que se entienda que tal prohibición no debió nunca inscribirse, debiendo acudirse a juicio declarativo correspondiente (cfr. *R.D.G.R.N. de 19-9-1929).*

Por su parte el *juicio de liberación de cargas* sólo sería válido respecto aquellos casos de prohibiciones de disponer que ya hubieran quedado inefectivas conforme a la legislación civil (artículo 209 L.H.), es decir, cuando hubiera transcurrido el límite temporal del artículo 781 del C.C. y aún se hubiera arrastrado la carga (v.gr. si indebidamente se inscribió sin sujección a plazo de duración).

13.º Por acuerdo del patronato y protectorado

Si se trata de prohibición de disponer impuesta a los bienes de una *fundación* por el propio fundador, puede ser cancelada por acuerdo conjunto entre el Patronato de la fundación y el Protectorado, según reconoce la *R.D.G.R.N. de 30 de septiembre de 1980,* ya que entre las facultades reconocidas a la Administración que ejerce el Protectorado,

en los artículos 7, 2.º y 67 de la Instrucción de 14 de marzo de 1899, está el de modificar los fines de la fundación para ponerlos en armonía con las nuevas conveniencias sociales, por lo que cabe la cancelación de aquélla en virtud de resolución del Ministerio que ejerza el Protectorado que justifique la imposibilidad de cumplir los fines para los que fue creada dicha fundación y la voluntad de desafectar los bienes para reinvertir su precio en valores rentables.

14.º Por cancelación del asiento de inmatriculación

Las prohibiciones de disponer pueden ser inscritas en el Registro de la Propiedad por vía de un asiento de *inmatriculación,* como admitió la *R.D.G.R.N. de 24 de mayo de 1983* para un caso de donación de un inmueble todavía no inscrito, que se hizo con reserva del usufructo y con prohibición al donatario de disponer del inmueble en vida de los donantes —sin que la circunstancia de que el usufructo no aparezca en el asiento de inmatriculación sea obstáculo para ello—, por lo que si se cancela el asiento por no publicarse los edictos quedará cancelada la prohibición.

15.º Examen especial de la cancelación de las prohibiciones de disponer por retroacción de la quiebra

El *artículo 878 del Código de Comercio* establece:

«Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes.

Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos».

Por su parte la *ley hipotecaria* aunque partiendo en su artículo 33 de que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, establece en su *artículo 34 una excepción* a dicha regla general:

«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (...).»

¿Cuál de los dos artículos debe prevalecer en caso de declaración de quiebra y retroacción de su fecha, respecto de adquirentes de derechos reales del quebrado que quedan dentro del período de retroacción? ¿Qué tipo de ineficacia es la contemplada en el artículo 878 del Co.Co., una nulidad absoluta o una nulidad relativa? ¿Es aplicable su doctrina a los adquirentes del quebrado o también se extiende a los subadquirentes? ¿Qué *efectos debe tener respecto de prohiciones de disponer ya inscritas?* Estas cuestiones se plantean en las *R.D.G.R.N. de 7, 8 y 14 de noviembre de 1990,* que deben analizarse también a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A. Posible inconstitucionalidad del artículo 878 Co.Co.

La posible inconstitucionalidad del artículo 878 del Co.Co. ya fue planteada en la *Sentencia del T.S. de 22 de marzo de 1985,* que sin embargo no se atrevió a apreciarla en último término, al señalar que «tal normativa no puede entenderse derogada por la Constitución, pues corresponde al legislador ordinario optar, entre los varios sitemas de reintegración de la masa de la quiebra, por aquél que estime más idóneo en el momento histórico determinado para la armonización de los intereses en juego en un procedimiento concursal, sin que la inseguridad jurídica que indudablemente produce la nulidad ipso iure de los actos afectados por la retroacción pueda elevarse al rango de inconstitucional por atentatoria al derecho fundamental de tutela efectiva a que tiene derecho toda persona en el ejercicio de sus derechos, en cuanto que, aunque próxima a tal inconstitucionalidad no desconoce el derecho a impugnar la fecha de tal retroacción al objeto de excluirla total o parcialmente, ni supone la pérdida de los derechos económicos derivados de tal nulidad» —en referencia, en este último supuesto a la necesidad de restitución de prestaciones, con devolución de lo aportado por ambas partes, como efecto normal de toda declaración de nulidad (artículo 1.307 C.C.).

No se considera, por tanto, infringido el derecho constitucional a la tutela efectiva.

El derecho fundamental a la *tutela judicial efectiva* proclamado en el artículo 24 de la Constitución, «sin que en ningún caso pueda producirse indefensión» —como expresamente señala el primer párrafo del citado artículo— también es argumentado por el Registrador en defensa de su nota de calificación, en la R.D.G.R.N. de 7-11-1990.

Y efectivamente, tal artículo pecaría de inconstitucional —como ya hemos visto vislumbra la jurisprudencia ordinaria— si no fuera que su *desenvolvimiento ha sido suavizado,* como más adelante desarrollaremos, por la propia jurisprudencia ordinaria y registral, al *exigir siempre un cauce jurisdiccional adecuado con demanda al titular registral afectado.* En efecto, la nulidad radical que parece imponer dicho artículo no excluye la necesidad de demanda al adquirente durante el período de retroacción, pues de lo contrario no cabría ejercitar el recurso contra la fecha de la retroacción a que se refiere la citada S.T.S. de 22-3-1985, produciéndose indefensión.

B. Grado de ineficacia de los actos del quebrado posteriores a la fecha de retroacción

Varias son las acciones que corresponden a la sindicatura de la Quiebra, única legitimada para ello (artículo 1366 L.E.C.), para conseguir la retroacción de los actos del quebrado o que por su carácter fraudulento pueden anularse, a saber:

a) *Acción de revocación de donaciones* celebradas durante los dos años anteriores a la quiebra (artículo 882 Co.Co.).

b) *Acción de rescisión de actos fraudulentos,* como las enajenaciones de inmuebles a título oneroso durante el mes precedente a la declaración de quiebra (artículo 881 Co.Co.) mediante la prueba de que son fraudulentos, así como los celebrados a título gratuito durante el citado mes y las hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior o adjudicaciones en pago de deudas no vencidas, que se presumen fraudulentos (artículo 880 Co.Co.). —Supuesto excepcional en el que no se presume el fraude sino que los síndicos lo tienen que probar es el de las hipotecas constituidas al amparo de la ley de Mercado Hipotecario de 25-3-1981 y su Reglamento de 17-3-1982—.

c) *Acción de nulidad de los actos posteriores a la fecha a que se retrotrae la declaración de quiebra.* Parece que en este caso la nulidad es *absoluta,* sin perjuicio, como se ha dicho de la necesaria restitución de las prestaciones y de la necesidad de demanda a los titulares afectados.

Al ser nulidad absoluta, no se precisa demostrar el perjuicio a la masa de acreedores, como expresamente señala la *Sentencia del T.S. de 24 de octubre de 1989,* ya que «además de que el artículo no recoge

este presupuesto condicionante, todo acto jurídico subsumible en el artículo 878 se presume perjudicial en general y cuando el acto es modificativo de dominio la realidad del perjuicio es inconcusa para la masa.»

Esta nulidad absoluta, que según el artículo 878 Co.Co. afecta a los actos del quebrado posteriores a la fecha a que se retrotraiga la declaración de quiebra, es interpretada por la *Sentencia del T.S. de 1 febrero de 1974* en el sentido de que tal nulidad afecta a los actos no posteriores sino comprendidos en el período de retroacción, esto es, a los que se hubieran realizado durante tal período.

En todo caso, aunque la nulidad a que se refiere el artículo 878 del Co.Co. deba calificarse de *absoluta,* la interpretación de dicho artículo a la luz de los preceptos constitucionales de tutela efectiva (necesidad de demanda a los titulares registrales afectados, devolución de contraprestaciones), la protección a subadquirentes de buena fe y la imposibilidad consiguiente de cancelar asientos registrales anteriores comprendidos en el período de retroacción sino es a través de sentencia firme en juicio declarativo correspondiente, ha llevado a la jurisprudencia registral —como veremos— a afirmar que tal artículo determina la ineficacia de los actos del quebrado «con la cualidad de *por ahora y sin perjuicio de tercero*» (R.D.G.R.N. de 14-11-1990).

C. Preferencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria

En efecto, pese a la nulidad radical proclamada por el artículo 878 del Co.Co., existe un supuesto excepcional en que los actos del quebrado son eficaces pese a estar comprendidos en el período de retroacción: *cuando existe un tercero hipotecario,* esto es, protegido por la fe pública registral, pues en tal caso, el principio general del artículo 33 de la L.H. —la inscripción no convalida los actos nulos— cede frente al superior principio de protección del adquirente que confía en los pronunciamientos registrales.

La *preferencia del artículo 34 L.H. sobre el 878 del Co.Co.* no siempre ha sido afirmada con rotundidad por la jurisprudencia del T.S., aunque sí existen precedentes jurisprudenciales suficientes como para considerar que así es admitido por el T.S. (pues mientras que la S.T.S. de 17-3-58 entendió que la declaración de quiebra afectaba incluso al tercero hipotecario que traiga causa del quebrado, otras como la de 9-6-32, 31-5-60 y 1-2-74 declaran por el contrario la inmunidad del tercer adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 L.H.).

En efecto, la doctrina de la *S.T.S. de 17 marzo de 1958,* para la cual el artículo 878 del Co.Co. determina la nulidad radical «ipse legis potestate et auctoritate» de los actos del quebrado comprendidos dentro del período de retroacción «a pesar de lo dispuesto en la ley hipotecaria y de la buena o mala fe en la adquisición —inoperante en los casos a que se refiere el artículo 878 Co.Co.—» *fue superada posteriormente por las S.T.S. de 31 mayo de 1960* —que negó la cualidad de tercero hipotecario al cesionario de un crédito hipotecario inscrito durante el período de retroacción, por carecer de buena fe— y sobre todo por la *S.T.S. de 1 febrero de 1974.*

Así en la *S.T.S. de 1 febrero de 1974* se afirmó —para un supuesto de hipoteca afectada por la retroacción de la quiebra— que «si el acto de constitución de la hipoteca tuvo lugar en fecha comprendida en el período de retroacción es evidente que resulta afectado de nulidad, y consiguientemente de igual defecto adolecerán cuantas actuaciones o procesos incluso judiciales hayan tomado como base la hipoteca, siempre que hayan sido impugnados en tiempo y forma y *los bienes no hayan pasado a poder de terceros adquirentes* que queden amparados por la protección registral que le dispensa la ley especial.»

Es sin embargo, la doctrina de la *Dirección general de los registros y del Notariado* la que ha proclamado con rotundidad tal protección del tercero hipotecario, y por tanto de la preferencia del artículo 34 L.H.

Así la *R.D.G.R.N. de 20 enero de 1986* considera que una de las cuestiones más debatidas dentro del campo jurídico ha sido motivada por la aparente discordia entre el artículo 878 Co.Co. que declara la nulidad de los actos otorgados dentro del período a que se retrotraen los efectos de la quiebra y de otra parte, la protección que la ley hipotecaria concede al tercero de buena fe que reúne las condiciones que señala el artículo 34 L.H. Y considera que aunque la jurisprudencia del T.S. no ha sido uniforme «en el presente caso, al aparecer toda una serie de inscripciones practicadas a favor no sólo del primer adquirente, sino de terceros o segundos subadquirentes sin que exista en los asientos ninguna causa de resolución, y como además los titulares actuales al no haber sido citados ni oídos en juicio estarían en situación de indefensión, no cabe en virtud de lo establecido en el artículo 82 párrafo 1.º de la L.H. practicar la cancelación interesada sin que hayan prestado voluntariamente su consentimiento dichos titulares o en su defecto que en el procedimiento adecuado se haya ordenado la cancelación mediante resolución judicial firme.»

D. Protección sólo del subadquirente y no del adquirente aun de buena fe del posteriormente declarado quebrado

Ahora bien, la citada protección al tercero hipotecario, excluye a quien no reúne la condición de tercero, esto es, al que contrató con el quebrado, aún de buena fe, pues le afectan las vicisitudes del negocio jurídico en el que intervino, de manera que no puede alegar que sea ajeno a la nulidad de su contrato de adquisición o constitución de derechos reales limitados sobre los inmuebles del quebrado.

En efecto, para que el principio excepcional del artículo 34 L.H. opere es preciso que *existan dos transmisiones,* de manera que sólo el subadquirente que no ha sido parte en el contrato con el quebrado, quedará protegido aunque su adquisición se haya verificado durante el período de retroacción.

Así lo señala expresamente la citada *Sentencia del T.S. de 1 de febrero de 1974,* que declaró nula una hipoteca constituida por el quebrado durante el período de retroacción de la quiebra —así como el procedimiento judicial sumario de ella derivado— por entender que el adquirente en la subasta, a pesar de haber adquirido de titular registral con facultades para transmitir y haber inscrito su derecho, «no goza de la cualidad de *tercero hipotecario* protegido por el artículo 34 de la L.H. respecto de la adquisición de las fincas hipotecadas, porque siendo a la vez acreedor hipotecario y adjudicatario de dichas fincas en el procedimiento sumario que a su instancia se promovió tenía conocimiento de las causas de nulidad que afectaban a la hipoteca y al procedimiento a que ésta dio origen.»

Y en su Considerando 12 interpreta correctamente esta sentencia el citado artículo 34 L.H. y su eficacia frente al artículo 878 Co.Co. al establecer que «para que pueda hablarse de tercero hipotecario tienen que existir dos actos adquisitivos inscritos, uno primero en el cual se apoya el segundo, en el sentido de que el sujeto adquirente en aquél sea el sujeto transferente en éste, pues solamente bajo esta idea de *subadquirente* puede entenderse el juego íntimo del artículo 34, así como el verdadero concepto de tercero, el cual como declaró la S.T.S. de 26-6-1901 presupone siempre una segunda enajenación.»

E. La anotación de suspensión de pagos no enerva en principio la fe pública registral

Una de las cuestiones más interesantes que se plantea la *R.D.G.R.N. de 7 de noviembre de 1990* es la de si puede o no ser considerado como tercero hipotecario el subadquirente del posteriormente declarado en quiebra, cuando en el momento de su adquisición *consta anotada la suspensión de pagos* del mismo.

No cabe duda que sí afectaría al subadquirente, destruyendo su cualidad de tercero hipotecario (pues la causa de la resolución de su derecho constaría en el Registro) la anotación preventiva de solicitud de declaración de quiebra, y mucho más la inscripción de la quiebra.

Sin embargo, la anotación de la suspensión de pagos, *no es suficiente por sí sola* para afectar al adquirente que consulta el Registro, de manera que no perdería su cualidad de tercero hipotecario por el hecho de que luego se declarara la insolvencia definitiva del suspenso, siempre —claro está— que en la transmisión se cumplan los requisitos de intervención judicial o de la comisión de acreedores si está aprobado el convenio.

Esta es la conclusión a que se llega analizando el supuesto de hecho de la citada R.D.G.R.N. de 7-11-1990, en la que existía un convenio inscrito.

El Procurador que interpuso el recurso alegó precisamente que «se había aprobado un convenio, en virtud del cual se establecían unos períodos de pago que en caso de incumplimiento darían lugar a la liquidación del patrimonio de la sociedad quebrada, para lo que incluso se designaba una comisión liquidadora, razón por la cual no puede pensarse que se han llamado a engaño por la publicidad registral los pretendidos adquirentes del inmueble».

Por el contrario el Registrador en defensa de su nota alegó que el convenio no perpetuaba la restricción de la capacidad del suspenso ni tenía implicaciones jurídico-reales inmediatas (daciones en pago o para pago, constitución de hipotecas de seguridad, etc.) que serían los casos en que los acreedores hubieran podido gozar de la prioridad sustantiva derivada del asiento. Por el contrario, el convenio de suspensión de pagos, en el caso debatido, era encuadrable entre los de levantamiento de la incapacidad del suspenso o de alcance puramente obligacional —como son los que acuerdan una quita o espera de las deudas—.

La D.G.R.N. da la razón al Registrador, dado que en el convenio de

suspensión de pagos se pactó que el suspenso «seguira ostentando la administración de sus negocios a través de sus propios órganos de gestión, sin perjuicio de la comisión de seguimiento», por lo que «los asientos registrales aparecen practicados sin sujeción alguna al posible incumplimiento del Convenio y en consecuencia, dado el principio de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales, estos producirán sus efectos mientras no se declare su inexactitud o sean cancelados en los términos previstos en la Ley Hipotecaria (artículos 1 y 38)».

Por tanto, y en conclusión, la anotación de la iniciación del expediente de suspensión de pagos ni siquiera la inscripción del convenio —salvo que expresamente se sujeten los actos de disposición del suspenso a la posible insolvencia definitiva del mismo— pueden *enervar la fe pública registral.* El subadquirente del suspenso durante el período de retroacción de la quiebra —posteriormente declarada— será mantenido en su adquisición, a pesar de la anotación de suspensión de pagos o de la inscripción del convenio, salvo que el convenio no sea de mera quita, espera o supervisación de la actividad del suspenso sino de alcance real (limitación de las facultades del suspenso y sujeción de posteriores adquirentes a las consecuencias del posible incumplimiento del convenio).

En definitiva, la anotación del convenio o de la iniciación del expediente de suspensión, *no pueden equipararse* —como dijo el Registrador en su informe— a una anotación de *demanda real* (en efecto, sí que produciría tal eficacia frente a subadquirentes la anotación de la demanda en juicio declarativo sobre nulidad de inscripción por retroacción de la declaración de quiebra).

F. Efectos de la retroacción de la quiebra respecto de hipoteca inscrita con anterioridad

Posibilidad de ejecución de la hipoteca por no ser causa de suspensión (artículo 132 L.H.)

Aunque —como se ha visto— la nulidad del artículo 878 del Co.Co. es absoluta y radical, exige para que los asientos registrales anteriores a la declaración de quiebra —pero comprendidos en el período de retroacción— puedan ser cancelados, que se entable el correspondiente juicio declarativo con demanda a los titulares afectados —como luego veremos con más extensión—.

Ello supone que, estando *inscrita una hipoteca,* aunque luego se inscriba la declaración de quiebra del deudor hipotecante con señalamiento de la fecha de retroacción de la quiebra:

a) No podrá cancelarse la hipoteca mientras no se ordene así expresamente en sentencia firme dictada en juicio declarativo correspondiente.

b) Mientras tanto, la constancia registral de la quiebra y de la fecha de la retroacción *no será obstáculo para la ejecución de la hipoteca.*

En efecto, el *artículo 132 L.H.* expresamente establece que el procedimiento sumario del artícul 131 L.H. no se suspenderá por muerte del deudor o de tercer poseedor ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos. E igualmente la *L.E.C. (artículos 166 y 1.173)* establece la acumulación en juicio universal de las ejecuciones en curso, en caso de quiebra, *salvo que se trate de hipotecas.*

Así la *R.D.G.R.N. de 8 de noviembre de 1990,* arriba transcrita, expresamente señala cómo «en el Registro sigue vigente el asiento de hipoteca —pese a la inscripción de la declaración de quiebra con retroacción a fecha anterior a la constitución de la hipoteca—, puesto que no está cancelado. Sigue, pues, la presunción, a todos los efectos legales, de que la hipoteca existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo».

Arrastre de la carga de la declaración de quiebra

Ahora bien, sigue diciendo la *R.D.G.R.N. de 8 noviembre de 1990,* «a la vez y dados los términos del asiento relativo a la declaración de quiebra, es evidente que del Registro resulta que la validez o eficacia de la hipoteca está cuestionada en el procedimiento de quiebra».

Y llega a la conclusión de que aunque el procedimiento de ejecución hipotecaria puede seguir adelante, debe hacerse con el *arrastre de la carga,* esto es, «la inscripción de la adjudicación debe hacerse sin perjuicio de los eventuales derechos de la masa de la quiebra anunciados en la inscripción de la declaración».

Del estudio sistemático de las R.D.G.R.N. de 8 y 14 de noviembre de 1990, se deduce además, que es indiferente que la declaración de quiebra se haya inscrito *antes o después de la nota marginal de expe-*

dición de certificación de cargas, pues mientras en el primer caso la inscripción del auto de declaración de quiebra se practicó con posterioridad a dicha nota, en la segunda resolución cuando se expidió certificación de cargas en el procedimiento de ejecución del 131 L.H. se hizo constar la existencia de dicha quiebra. En ambos supuestos la D.G.R.N. llega a ia misma conclusión en cuanto a la posibilidad de seguir adelante en la ejecución de ia hipoteca, pero dejando a salvo la declaración de quiebra como *carga posterior pero preferente.*

En todo caso, ia posición de la jurisprudencia registral, aunque *prudente* —en cuanto defiende la subsistencia de los asientos registrales mientras no exista una sentencia firme de cancelación dictada en el juicio declarativo correspondiente con demanda del titular— supone por otra parte *un reforzamiento de la calificación registral en cuanto permite la calificación de preferencias,* excluyendo que el Registrador se guíe por un criterio puramente de prioridad: aunque la hipoteca que se ejecute se inscribiera con anterioridad a la declaración de quiebra —incluso aunque la nota marginal de expedición de cargas tenga una fecha anterior a la inscripción del auto de declaración de quiebra— el Registrador debe denegar la cancelación de este auto posterior en la ejecución de la hipoteca, precisamente por ser preferente al fijarse una fecha de retroacción de la quiebra anterior a la hipoteca que se ejecuta.

Todo ello confirma el criterio que yo había seguido al estudiar el *principio de prioridad registral* (Boletín del Colegio de Registradores de julio-agosto de 1989 número 258) en el sentido de que el Registrador debe calificar preferencias, absteniéndose de practicar cancelaciones de asientos posteriores a la hipoteca anterior que se ejecuta, cuando tales asientos posteriores sean preferentes (anotaciones de embargo por créditos preferentes como son los gastos de comunidad o por créditos salariales, etc.). Y en tai concepto debe tenerse el auto de declaración de quiebra con retroacción de sus efectos.

Si luego se declara expresamente la nulidad de la quiebra también conlievará la de la ejecución

En efecto, si en el juicio declarativo correspondiente se llegase a declarar nula la hipoteca por estar afectada por el período de retroacción de la quiebra, en tal caso *también quedaría afectada de nulidad la ejecución* derivada de ia hipoteca, como expresamente señaló la *S.T.S. de 1 febrero de 1974* antes citada, pues «el procedimiento para el ejercicio de la acción hipotecaria de los artículos 131 y 132 L.H. es

precisamente sumario y ejecutivo especial, y la resolución definitiva que en él recaiga no puede invocarse como constitutiva de cosa juzgada en los juicios declarativos que después se susciten.»

Igualmente la *R.D.G.R.N. de 8 noviembre de 1990* considera que «la enajenación es un mero acto de desenvolvimiento de la hipoteca... de manera que si la constitución de la hipoteca es nula, nula será también la enajenación que la misma provoca».

La declaración de la quiebra como carga posterior no preferente

Ahora bien, la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca inscrita, exigido por el artículo 131 L.H. *no podrá afectar a la declaración de quiebra,* pues al establecerse un período de retroacción que afecta a la propia hipoteca, demuestra que *no se trata de un gravamen posterior no preferente,* sino más bien de un gravamen posterior preferente de los que deben subsistir a pesar de la enajenación judicial de la finca, a tenor de lo dispuesto en el artículo *175 R.H.*

Así las comentadas *R.D.G.R.N. de 8 y 14 de noviembre de 1990* consideran en estos casos procedente la inscripción del auto de adjudicación «advirtiendo, sin embargo, que en cuanto decreta la cancelación de las inscripciones relativas a la declaración de quiebra no podría ser suficiente, pues estas inscripciones, al poner en cuestión el derecho de hipoteca, no son de aquéllas cuya cancelación pueda proceder como si de gravámenes no preferentes se tratara, sino que respecto de ellas se exige providencia ejecutoria dictada por el Juez que las mandó hacer (artículos 82 y 83 L.H.)».

G. *Necesidad de juicio declarativo correspondiente con demanda a los titulares registrales para la efectividad de la nulidad del 878 Co.Co.*

Otra de las conclusiones importantes a que se llega a través del estudio de la *R.D.G.R.N. de 7 noviembre de 1990* y que ya planteó en la *R.D.G.R.N. de 24 de enero de 1979* —al exigir para que pudiera anotarse la declaración judicial de quiebra, que las fincas estén inscritas a favor de la persona directamente afectada por la anotación que deberá haber sido citado en el procedimiento— es la necesidad de demanda al titular registral cuyo asiento se pretende declarar nulo como consecuencia de la declaración de quiebra.

En efecto, establece la R.D.G.R.N. de 7-11-1990 que «la cancelación o modificación de los asientos practicados en favor de los adquirentes posteriores del quebrado, incluidos en el período de retroacción, cuando no concurre el consentimiento voluntariamente prestado, no podrá decretarse sino por resolución judicial firme dictada en procedimiento oportuno en el que hayan sido parte los titulares afectados (artículos 20, 40, 82 y 83 de la L.H. y 174 R.H. y 1.186 L.E.C.) dándose así satisfacción tanto al principio de registral de salvaguardia de los asientos como al principio constitucional de protección jurisdiccional de los propios asientos (artículo 24 de la Constitución)» (R.D.G.R.N. de 7-11-1990).

Este procedimiento no es el concursal derivado de la quiebra, sino el *declarativo ordinario* con demanda al titular registral expresamente entablado, para que se declare la nulidad de la inscripción.

Así ocurrió en la *S.T.S. de 24 de octubre de 1989* en la que por demanda de la sindicatura de la quiebra se interpuso acción tramitada en juicio declarativo de mayor cuantía en la que se solicitó y obtuvo sentencia de nulidad de la escritura de hipoteca suscrita por la entidad quebrada y la codemandada.

En resumen deben señalarse como requisitos para que proceda la cancelación de los asientos registrales como consecuencia de la declaración de quiebra, los siguientes:

a) Acción de nulidad en juicio *declarativo* con demanda al titular registral —en los términos arriba expresados— (R.D.G.R.N. de 7-11-1990).

b) Que el titular registral *no sea subadquirente* protegido por la fe pública registral (R.D.G.R.N. de 26-1-1986).

c) Que la sentencia sea *firme* (R.D.G.R.N. de 24-1-1979).

d) Que el asiento solicitado sea de cancelación, no siendo viable *la anotación preventiva de la fecha de retroacción* de modo autónomo, dado el criterio de numerus clausus en materia de anotaciones preventivas (R.D.G.R.N. de 24-1-1979).

e) Que se aporte como documento complementario al mandamiento ordenando la cancelación, un testimonio de la *sentencia de declaración de quiebra,* sin que sea suficiente la referencia a la misma en el mandamiento de cancelación (R.D.G.R.N. de 28-2-1977).

f) Que se ordene expresamente la cancelación de los asientos registrales afectados por la retroacción por referencia al *número de finca,* tomo y libro del Registro (R.D.G.R.N. de 28-2-1977 y 7-11-1990).

Entre tanto la inscripción del auto de declaración de quiebra con fijación del período de retroacción no tiene otro alcance que hacer constar registralmente tal declaración de quiebra «pero con la *cualidad de por ahora y sin perjuicio de tercero*» (R.D.G.R.N. de 14-11-1990) ya que:

a) No impedirá la ejecución de hipotecas anteriores —aunque comprendidas en el período de retroacción— (R.D.G.R.N. 8 y 14-11-1990).

b) Tal ejecución quedará afectada en su caso si se declara la nulidad de la hipoteca (S.T.S. 1-2-1974).

c) Mientras tanto la adjudicación derivada de la ejecución hipotecaria se inscribirá con *arrastre de la carga* de la declaración de quiebra por ser carga posterior preferente (R.D.G.R.N. 14-11-1990).

H. ¿Afecta la retroacción de la quiebra a las prohibiciones de disponer inscritas?

a) Respecto de las decretadas en el mismo procedimiento de quiebra. La *R.D.G.R.N. de 7 de junio de 1920* ya resolvió que en las decretadas en juicio de quiebra, la prohibición actúa no sólo respecto de los actos del quebrado posteriores a la declaración de quiebra, sino a todos los que alcance la retroacción de la quiebra.

Si bien, ya hemos visto que tal retroacción de la prohibición no implicará automáticamente la cancelación de los actos de disposición realizados por el quebrado, sino que incluso quedará protegido el subadquirente de buena fe y a título oneroso, siendo necesario además juicio declarativo correspondiente en el que haya sido parte el adquirente cuyo acto de adquisición se pretende declarar nulo.

Respecto de los inmuebles no vendidos o cuya venta no haya tenido acceso al Registro, las prohibiciones de disponer decretadas en el mismo procedimiento de quiebra subsistirán —y tendrán sentido— hasta la finalización del mismo por enajenación en pública subasta del mismo o rehabilitación del quebrado, produciendo entretanto el cierre registral.

b) Respecto de las *impuestas voluntariamente o decretadas en distinto procedimiento.* Rige todo lo dicho hasta ahora en cuanto a la necesidad de procedimiento declarativo ordinario para su cancelación, sin que sea suficiente a estos efectos el auto aprobatorio de la fecha de retroacción.

Dicho juicio declarativo deberá dirigirse contra el que adquirió del quebrado con prohibición de disponer, y dado que habrá adquirido a título gratuito no gozará de la protección del artículo 34 L.H. y contra el favorecido por la prohibición.

En este sentido, el favorecido por la prohibición tampoco podrá alegar la condición de tercero protegido, no sólo porque la prohibición de disponer se habrá constituido en título gratuito (artículo 34 en relación con el 26 L.H.) sino porque el favorecido carece de derecho subjetivo alguno —cfr. *R.D.G.R.N. de 22-2-1989*—.

CAPITULO SEPTIMO

CARACTER CONSTITUTIVO DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

LA LEGITIMACION MERCANTIL. ESTUDIO DEL ARTICULO 129 L.S.A.

Dispone el *artículo 129 de la L.S.A.*, T.R. de 22 de diciembre de 1989, lo siguiente:

«1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.»

Este artículo ha sido introducido en nuestro Derecho, a través de la ley de 25 de julio de 1989 sobre adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la C.E.E. en materia de sociedades, concretamente para adaptarse a la *Directiva de 9 de marzo de 1968* dictada para garantizar los intereses de socios y terceros en materia de publicidad, validez de los actos realizados en nombre de los socios y nulidad de sociedades.

Ya antes de la reforma, la doctrina ponía de manifiesto la necesidad de una norma que tutele expresamente al tercero frente a los actos ajenos al objeto social[1] lo cual se ha conseguido a través de este artículo 129 LSA.

Ello no quiere decir que el Registrador tenga que inscribir en caso de clara extralimitación de los administradores, ya que se trata de un precepto dirigido al Juez y no a los Registradores, ya que la buena fe

---

[1] García de Enterría y otros, «Tratado de derecho comunitario europeo», tomo III, página 162.

del tercero es una mera presunción y el Registro de la Propiedad no puede basarse en presunciones[2].

El Registrador tiene que calificar la validez del acto, y rechazar todos aquellos actos inválidos o viciados, aunque luego en un procedimiento judicial pueda declararse que tal nulidad no es oponible al tercero de buena fe. Entretanto el Registrador suspenderá la inscripción del acto del administrador realizado en contra de las limitaciones estatutarias inscritas, aunque puedan entenderse comprendidas dentro del objeto social —y con más razón todos aquellos supuestos de actos excepcionales que no entran dentro del ámbito ordinario definido por el objeto social (v.gr. hipoteca en garantía de deuda ajena, donación, etc.).

En todo caso, citamos el precepto en sede de prohibiciones de disponer, en la medida en que es un ejemplo más de la tendencia legislativa a la protección de los efectos derivados de la buena fe y la apariencia, esto es, constituye un *reforzamiento de la legitimación de la apariencia,* y un argumento más en contra de la subsistencia frente a tercero de cualquier circunstancia limitativa del contenido normal de un derecho, cuando tal limitación no está dotada de la máxima publicidad.

CONCLUSIONES SOBRE EL CARACTER CONSTITUTIVO QUE SE PROPUGNA «LEGE FERENDA» PARA LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

I. Inoponibilidad a terceros adquirentes de las prohibiciones de disponer no inscritas en el Registro

La doctrina pone de manifiesto, como existen *tres grados en el concepto de publicidad,* a saber: publicidad noticia —Registros administrativos—, publicidad legitimadora en favor de terceros de buena fe, y publicidad constitutiva que actúa a nivel de requisito esencial del acto.

Así lo pone de manifiesto Martín-Ballesteros[3] que sitúa en este tercer nivel a la publicidad del Registro de la Propiedad, cuando se

---

[2] García García en B.C.E.H.C. número 23 marzo 1991, pág. 23 y Avila Navarro, R.C.D.I., número 599, 1990, pág. 109.

[3] Martín Ballesteros, «La legitimación registral», R.C.D.I., número 603, página 576 y siguientes.

trata de proteger la adquisición del tercer adquirente de buena fe, como resulta del artículo 34 L.H., verdadero supuesto de adquisición inmobiliaria a «non domino», que se hace prevalecer frente al verdadero propietario en aras de la protección del tráfico jurídico y de la agilización de las transacciones inmobiliarias. La publicidad —como dice el citado autor— ocupa un alto escaño en el campo del Derecho civil[4].

En efecto de la publicidad registral, derivan importantes efectos, como son:

a) El citado efecto de *fe pública registral* convalidante de las adquisiciones a titular registral aunque no sea vero domino —art. 34 L.H.—.

b) La protección de la *apariencia jurídica* que legitima los actos de disposición realizados por titular aparente (la legitimación extraordinaria, en terminología de Ladaria[5] —artículo 38 L.H.—).

c) La *ineficacia* de los derechos subjetivos no publicados frente a quien ha confiado en ella y ha inscrito, aunque su transmitente no sea titular registral —artículo 32 L.H.—.

La publicidad registral es así el máximo exponente de la publicidad jurídica como fenómeno de dación de conocimiento a terceros de las relaciones jurídicas.

Antes de llegar a ella, el negocio puede atravesar varias *fases de conocimiento público:*

a) Formalización en documento privado con *fecha fehaciente* (artículo 1.227 C.C.).

b) Formalización del negocio en *forma auténtica,* esto es, en *documento público* que da fe del hecho del otorgamiento y de su fecha (artículo 1.218 C.C.).

c) Publicidad del negocio a través de su *inscripción en el Registro de la Propiedad,* con los efectos de fe pública, legitimación, protección de la apariencia y de la buena fe, e ineficacia de los títulos contradictorios no inscritos a que antes nos hemos referido (artículos 32, 34, 38 L.H.).

d) Aún cabría distinguir una última fase de dación de conocimiento del negocio a la sociedad, que es la *publicación del contenido del*

---

[4] Op. citada, página 648.
[5] Ladaria, «Legitimación y apariencia jurídica», pág. 140.

Registro en un periódico diario (como ocurre con el Boletín Oficial del Registro Mercantil) que trata de hacer efectiva la presunción de conocimiento del contenido del Registro, pasando de la posibilidad de conocimiento a recepción efectiva del mismo. Los efectos son aún mayores, haciendo oponible a tercero de buena fe lo que hasta entonces no lo era (artículo 21 Co.Co.) o mejor dicho, destruyendo la posibilidad de que se alegue buena fe en el sentido de desconocimiento.

De esta evolución en la graduación de cognoscibilidad social del negocio jurídico, se desprende la *diferencia que existe entre forma y publicidad.*

Es común a ambas el carácter de *carga* cuya observancia se impone a quien quiere servirse de las consecuencias que la ley les asigna[6]. El concepto de carga debe ser entendido aquí como requisito añadido que debe cumplir los otorgantes para la plena eficacia del acto jurídico.

La propia jurisprudencia así lo califica, al establecer la *S.T.S. de 18 de abril de 1975* que «la validez y eficacia de un acto puede depender del cumplimiento de determinadas circunstancias, que por revelar la celebración del mismo, integran medios de publicidad, cuya finalidad es la de que el acto jurídico llegue a conocimiento no sólo de los que intervinieron en su realización, sino, además, de los terceros, figurando como medio de publicidad la inscripción en los diferentes Registros, lo que condiciona la tipificación de los efectos propios del acto al cumplimiento de dicho requisito, impuesto como carga».

Sin embargo, forma y publicidad *se diferencian* por su distinto alcance, pues la publicidad es la fase última de autenticidad del negocio, y a la que el Ordenamiento atribuye mayor y más importantes efectos jurídicos, en la medida que absorbe a los anteriores (artículo 3 L.H., que exige el presupuesto de legalidad) al mismo tiempo que les dota de difusión efectiva y consiguientemente de plena eficacia.

Desde esta perspectiva, podríamos a su vez distinguir varias *clases de derechos según la necesidad que cada uno de ellos tiene de publicidad para producir efectos:*

a) Derechos *personales,* que producen efectos inter partes sin necesidad de requisitos especiales de forma y publicidad, sujetándose

---

[6] Rabucchi, A., «Instituciones de Derecho Civil», vol. I, página 249, citado por Martín Ballesteros, op. citada, página 577.

al principio generai de libertad de forma de nuestro Derecho (artículo 1.278 C.C.).

b) Derechos *reales* sujetos —porque han de surtir efectos frente a terceros— a requisitos de forma pública para su constitución, transmisión o extinción (artículo 1.280 párrafo 1.º C.C.) pero sin que tal requisito de forma sea constitutiva, sino meramente «ad probationem», hasta el punto de que pueden existir sin ella (artículo 609 y 1095 C.C.) y tampoco requieren necesariamente de publicidad registral, de manera que incluso en algunos casos son efectivos frente a terceros sin necesidad de inscripción (servidumbres aparentes, limitaciones legales del dominio, etc.), si bien en general sin ella no son oponibles a tercero que inscribe (artículo 606 C.C. y 32 L.H.).

c) Derechos *reales constitutivos,* los cuales necesitan la publicidad registral como requisito esencial, sin la cual no existen, como ocurre en la hipoteca (artículo 1.875 C.C.) o el derecho de superficie (art. 16 R.H.).

e) Derechos *vocacionalmente publicitarios,* en los cuales si bien la inscripción no es constitutiva, por no existir precepto expreso que así lo configure, necesitan por naturaleza de la publicidad registrai para producir sus efectos, como son las prohibiciones de disponer, las cuales si no están inscritas no son eficaces frente a tercero que inscribe, con lo cual no cumplen ni siquiera parcialmente su cometido.

Por eso se propugna un reconocimiento legal del carácter constitutivo de la inscripción, dada la función económico jurídica (o causa) de las prohibiciones, aunque entretanto debemos considerar que las prohibiciones no inscritas no son nulas ni se convierten en obligaciones de no disponer: son válidas y con eficacia real, pero *inoponibles* frente a titular inscrito (en los términos expresados en el capítulo sobre su eficacia real).

II. Plena identidad entre publicidad y oponibilidad

La discusión doctrinal sobre si la prohibición de disponer se inscribe en el Registro de la Propiedad porque tiene eficacia real o si tiene eficacia real porque se inscribe, debería quedar zanjada desde sta nueva perspectiva —máxime como hemos visto si se trata de adquisición de un inmueble a una sociedad mercantil cuyo objeto es la compraventa de inmuebles—, de manera que no perjudicarán al comprador que inscribe sino las prohibiciones de disponer afectantes al inmueble que

estén inscritas. Esto supone que sólo serán *propias prohibiciones de disponer las inscritas* en el Registro de la Propiedad, de manera que las no inscritas no sólo no tendrán eficacia real sino que «lege ferenda» deberían carecer de validez.

Por tanto, las prohibiciones de disponer voluntarias se inscriben porque tienen por naturaleza *vocación de eficacia real,* aunque sólo alcanzan su perfección y son verdaderamente tales *cuando se inscriben en el Registro de la Propiedad.*

Esta identidad entre eficacia real e inscribibilidad se lograría con la sanción legal del carácter constitutivo de la inscripción, de manera que la prohibición no inscrita carecería no sólo de efectos reales, sino cualesquiera efectos pretendidos por las partes (pues precisamente los efectos pretendidos por las partes son los de perjudicar a tercero).

Además la *razón económico social de las prohibiciones* —en virtud de la cual el ordenamiento les presta protección— es satisfacer la finalidad de garantía querida por el otorgante, pero siempre dentro de los límites reducidos de respeto al principio de libertad de tráfico jurídico, y este principio exige siempre el general conocimiento de toda restricción impuesta al contenido normal de un derecho.

Tan es así que se puede entender que es una materia de *orden público* la seguridad y fomento del tráfico jurídico, que es precisamente lo que justifica de «lege ferenda» la invalidez —no mera eficacia obligacional— de las prohibiciones no inscritas.

En esto se diferencian de los derechos de adquisición preferente, en la medida que el efecto de la no inscripción de los derechos de adquisición preferente será siempre la ineficacia de los mismos frente a tercero inscrito (artículo 32 L.H.), pero podrá ser exigido su cumplimiento por el titular del mismo —incluso frente a titular no inscrito—, de manera que en caso de incumplimiento si surge un tercero protegido, el obligado deberá indemnizar los daños y perjuicios causados. Es decir, —como se ha visto anteriormente— el derecho de adquisición preferente, como cualquier otro derecho subjetivo, si goza de cierto grado de publicidad —aunque no sea registral— (cfr. artículo 1.227 C.C.) será exigible y oponible a tercero civil —no protegido por la publicidad registral—.

Por el contrario el Derecho *no debe prestar protección alguna* a pactos o disposiciones convencionales, que, pudiendo, no se han configurado como verdaderos derechos subjetivos con plena eficacia real mediante la publicación de los mismos en el Registro de la Propiedad,

aunque lo que tampoco ampara es el enriquecimiento injusto que se haya podido producir como consecuencia de su incumplimiento.

Algún apoyo o indicio de esta tendencia existe ya incluso jurisprudencial, pues ya vimos cómo la *R.D.G.R.N. de 22 de febrero de 1989,* en cuyo fundamento de Derecho tercero párrafo b), considera que en las prohibiciones de disponer se pretende amparar la posición de determinados terceros que, sin embargo, no se considera de la entidad suficiente para determinar la atribución de un verdadero derechos subjetivo, y en este sentido llega a la conclusión de que en consecuencia «es natural la *no tutela jurídica de intereses que pudiendo no se quisieron configurar como derechos subjetivos*».

No obstante, aún no está sancionado legalmente —de una manera expresa— el carácter constitutivo de la inscripción de las prohibiciones de disponer. Por eso, mientras no se sanciona legalmente este carácter, las prohibiciones no inscritas son válidas y con eficacia real (no son obligaciones de no disponer), lo que ocurre que son *inoponibles* frente a titular inscrito: entran dentro de la categoría de irrelevancia en la esfera del titular registral o más exactamente adolecen de *ineficacia registral,* que es la falta de atribución a la relación jurídica creada de los efectos que derivan de la inscripción, entre otros, el de la oponibilidad frente a tercero inscrito de las relaciones jurídicas desenvueltas al margen del Registro.

III. Las prohibiciones no inscritas inoponibles sólo producen los efectos derivados del enriquecimiento injusto

Consecuencia del *carácter constitutivo de la publicidad de las prohibiciones* que se propugna, será que inter partes el incumplimiento de las prohibiciones no inscritas, tan sólo dará lugar a indemnización de los daños y perjuicios causados *si producen un enriquecimiento injusto* (pero no como efecto de la voluntad de las partes, sino ex lege por vía de la sanción del enriquecimiento injusto) a la parte que la incumple; ello obliga a demostrar el perjuicio causado al imponente de la prohibición y además que hay un enriquecimiento injusto en quien no la cumplió —cfr. artículos 1.303 y 1.304 C.C.—.

Por eso tampoco sería admisible la conversión que a veces se defiende de las prohibiciones no inscritas en obligaciones de no disponer. Tan sólo funcionarán como verdaderas *obligaciones* de no disponer las que realmente se hayan querido configurar así por las partes —esto es sin pretensiones de inscribibilidad y por tanto de eficacia frente a

tercero—, las cuales, en caso de incumplimiento, siempre darán a la indemnización de la cantidad que para tal caso se haya pactado (indemnización cuyo importe sí puede ser garantizado por hipoteca de conformidad con el artículo 27 L.H.).

En los demás supuestos el incumplimiento de una prohibición no inscrita no tendrá sanción alguna por el Ordenamiento, dada su carencia de validez. Tan sólo quedará amparado el favorecido por la prohibición, en la medida que el adquirente gravado que transmitió a pesar de todo, se haya enriquecido injustamente.

Este argumento es utilizado en un caso similar —doble venta— por la *S.T.S. de 8 de noviembre de 1990.*

Se trataba de una compraventa de una finca, adquirida por la compradora de titular registral, de buena fe y a título oneroso, y que sin embargo, por razones que se ignoran, no fue inscrita en el Registro de la Propiedad. La compradora, hizo obras sobre la finca y construyó un chalet. Paralelamente, la finca fue embargada por deudas del anterior propietario —aún titular registral— y adjudicada al mejor postor, que haciendo declaración de la obra nueva, vendió posteriormente a un tercero de buena fe —por precio muy superior—.

La sentencia recuerda los *principios de legitimación y fe pública registral* en los siguientes términos:

«Es conocida la doctrina de la Sala relativa al sentido y alcance que debe darse al alegado artículo 34 L.H. y cuya interpretación aparece recogida en la *S.T.S. de 17 de octubre de 1989,* que expresamente alude al principio de *fe pública registral,* según el cual el tercero que adquiere de titular registral confiado en el contenido del Registro e inscribe está protegido y no le afecta la posterior declaración de nulidad del derecho del transmitente, y también el principio de *inoponibilidad de lo no inscrito,* por virtud del cual el tercero que adquiere en determinadas condiciones *sólo le afecta lo que está inscrito,* de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro. Y sobre esa base de tutela y protección de la seguridad jurídica, los requisitos que conforme al artículo 34 L.H. hace inatacable la adquisición llevada a cabo por terceros, son: a) que sean adquirentes de dominio del inmueble o de un derecho real limitativo de dominio; b) que tal adquisición se realice de buena fe, es decir, confiando en lo que el Registro publica; c) que el negocio adquisitivo ha de encontrarse fundado en un título oneroso; d) que el transferente o disponente sea titular inscrito, es decir, de quien en el Registro aparece con facultad para transmitir; e) que ese tercero inscriba a su vez su propia adquisición.

Concurriendo tales requisitos el artículo 34 L.H. enerva la acción reivindicatoria, la acción meramente declarativa, la acción confesoria y cualquier otra acción real, y protege al adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo que pretenda la anulación del derecho del transferente (...) el artículo 34 L.H. le concede una *extraordinaria legitimación* o un extraordinario poder dispositivo, que alguna doctrina entiende como expropiación en virtud de la fe pública registral o una adquisición del dominio por ministerio de la ley, pero que en cualquier caso protege al adquirente en el mantenimiento de su adquisición. En consecuencia, cumplidos efectivamente tales requisitos, y no acreditada la mala fe del adquirente, deben desplegar todos sus efectos beneficiosos el repetido artículo 34 L.H. (...).»

«Junto a ello resulta patente en el caso la existencia, clara e indiscutida, de buena fe en la situación posesoria de la inicial adquirente, que viene a significar la *colisión de supuestos de buena fe,* de manera que siendo inviable la acción reivindicatoria ejercitada (artículo 34 L.H.) obliga sin embargo, a una liquidación de la situación posesoria de la actora y adquirente inicial (...) todo lo cual encuentra cauce adecuado en la alegación de *enriquecimiento injusto,* en cuanto se enriqueció injustamente el adquirente de la finca en pública subasta, que otorga escritura de obra nueva por el chalet no descrito ni tasado, transmitiéndolo mediante precio al tercero de buena fe, razón por la cual procede, a la luz del enriquecimiento injusto y correlativo empobrecimiento, la estimación del mismo, que se concretará en la diferencia entre el precio de adjudicación en subasta y el valor real de la finca en dicha fecha como consecuencia de la edificación construida no tenida en cuenta».

La propia S.T.S. de 8-11-1990 recuerda los requisitos para que exista enriquecimiento injusto: adquisición de un provecho o ventaja patrimonial por el demandado; correlativo empobrecimiento del actor; y debida conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento.

Todo ello cualquiera que sea la *construcción doctrinal* que quiera hacerse de la naturaleza de la figura (principio general del Derecho, fuente de obligaciones o teoría del desplazamiento de valor sin causa justificativa).

IV. Las prohibiciones no inscritas no afectan al subadquirente ni tampoco al primer adquirente

En consecuencia, dado que las prohibiciones no inscritas carecen de plena eficacia real —no son obligaciones de no disponer sino prohi-

biciones de disponer ineficaces—, no queda afectado no sólo el tercero hipotecario o subadquirente protegido por la fe pública registral (artículo 34 L.H.), sino ni siquiera el primer adquirente que fue parte en el contrato dispositivo, siempre que inscriba (tercero del artículo 32 L.H.). Esto es, también quedará protegido el que es mero tercero civil respecto del acto originador de la prohibición, aunque parte en la última adquisición.

Esto es así *máxime si el objeto social de la compañía vendedora es la compraventa de inmuebles.*

Ya hemos visto, la exclusión frente a tercero —sin que se requiera que inscriba— que el artículo 129 L.S.A. hace de las limitaciones de las facultades representativas de los administradores, que tendrán alcance puramente interno aunque las publique el Registro Mercantil.

La tendencia es pues a la protección del adquirente de *buena fe* en la contratación mercantil.

Otros ejemplos de dicha protección surgen del propio C.C.: artículo 1.320 párrafo 2.º C.C., que deja a salvo de la nulidad de la enajenación de la vivienda habitual hecha por el cónyuge titular sin consentimiento del otro, frente al tercero de buena fe que desconocía tal circunstancia.

Igualmente se pronuncia así la *S.T.S. de 7 de octubre 1985.* Se trataba de una compraventa sobre un inmueble —sito en Barcelona— privativo del marido enajenada por éste a una compañía mercantil, estando ambos cónyuges en régimen de separación de bienes. La compañía obtuvo sentencia firme a su favor declarativa de la propiedad del inmueble, en demanda interpuesta ante la Audiencia por incumplimiento de la entrega por el marido. La esposa recurre en revisión ante el Tribunal Supremo por considerar que existió maquinación fraudulenta entre el marido y la compañía compradora, ya que no se le notificó la venta ni se requirió su consentimiento pese a ser la vivienda domicilio conyugal.

El Tribunal Supremo en la citada sentencia 7-10-1985 rechaza la revisión, entendiendo que dicho recurso no podía ser instado por quien no había sido parte en el proceso, en base al siguiente razonamiento:

«(...) como quiera que en el contrato sólo aparecía que era casado en régimen de separación de bienes y que el piso estaba libre de arrendatarios y ocupado por el vendedor, no tenía por qué demandar la compradora sino a la parte vendedora, toda vez que la circunstancia de constituir vivienda habitual común de los esposos, es algo extrínseco y puramente contingente a la propia titulación jurídica del piso, cuyo

conocimiento efectivo por parte de la compradora para poder imputarle la connivencia que se alega en el recurso, con el vendedor, no ha quedado acreditada en estas actuaciones (...) de manera que el cónyuge hoy recurrente no se encontraba en situación de litis consorcio pasivo necesario, ya que el interés legítimo no surge necesaria y claramente del contrato de compraventa, sino de una circunstancia extraña al propio contrato, razón por la cual el artículo 1.322 C.C. da cauce de expresión al derecho del otro cónyuge que se vea afectado por la enajenación, a través del juicio declarativo correspondiente (...) máxime cuando la fecha del contrato (1981) anterior a la reforma del artículo 91 R.H. hace aún más patente la innecesidad de manifestar en el instrumento público de enajenación la circunstancia de ser o no vivienda habitual del matrimonio el piso vendido (...)» (fundamento quinto).

Este principio de protección del adquirente de buena fe, siempre que inscriba, aunque sea parte en el negocio cuya nulidad se pretende (pues al adquirente de buena fe que inscribe ya le protege el artículo 34 L.H.), tiene que ser mayor aún en la contratación mercantil de inmuebles, dada la mayor protección que al adquirente en el tráfico mercantil se dispensa frente al tráfico civil, pero también es suficiente para afirmar su vigencia en la contratación civil entre particulares, dada la natural vocación de inscribibilidad que —como se ha visto— caracteriza a cualquier limitación dle principio general de libertad de tráfico —calificado como de orden público en la citada *R.D.G.R.N. de 22-2-1989*, así como por el principio de legitimación registral (artículo 38 L.H.) y de inoponibilidad de lo no inscrito (artículo 32 L.H.).

V. No deberían afectar ni siquiera al que no inscribe

En efecto, las prohibiciones no inscritas no perjudican al adquirente que inscribe ¿pero si adquiere en documento privado —como es lo normal hasta la elevación a escritura pública—? ¿Le afectaría la declaración de nulidad de la venta a favor de la sociedad? ¿No debe ser suficiente la publicidad registral para amparar al comprador frente a limitaciones de dominio no inscritas, a pesar de que todavía no haya podido inscribir su título? ¿Es que no resultaba del Registro Mercantil la legitimación de los administradores para disponer —dado el objeto social de compraventa de inmuebles— y del Registro de la Propiedad la inexistencia de limitaciones? Cierto que la inmatriculación no perjudica los derechos de terceros durante dos años —artículo 207 L.H.— y que sólo el que adquiere de titular inscrito debe gozar plenamente de las ventajas del sistema —artículo 34 L.H.—.

Pero no parece exigible el requisito de la inscripción del título a que se refiere el citado artículo 34 L.H. para quedar protegido cuando se trata —no de propios derechos reales— sino de prohibiciones de disponer de carácter restrictivo, cuya esencia es ir vinculada a la publicidad, máxime cuando el comprador ha consultado tanto el Registro Mercantil como el de la Propiedad. El fomento de la contratación inmobiliaria y en general de la contratación mercantil —no cabe desconocer que es de naturaleza mixta, como vimos, la compraventa de inmuebles por sociedades promotoras y urbanizadoras— exige ser más rigurosos en la defensa del principio de legitimación registral.

En consecuencia, como no cabe suprimir el requisito de la inscripción (cosa que no es conveniente para fomentar el acceso al sistema y lograr la concordancia registro-realidad) sería conveniente —y ya hemos visto que exista apoyo jurisprudencial— rechazar toda eficacia no sólo frente a terceros sino también inter partes —a salvo los efectos derivados del enriquecimiento injusto— a las limitaciones de disponer no inscritas.

Es lógico que al tercero que inscribe no le perjudiquen las vicisitudes del título del transferente en aras de la seguridad del tráfico. Y que al tercero que no quiere acogerse al sistema y no inscribe, le perjudiquen, pues entre títulos no inscritos deben resolverse conforme al derecho sustantivo sin acudir a la protección de la apariencia. Pero si es un comprador que sí quiere acogerse al sistema, que compra de sociedad mercantil con legitimación según su objeto social publicado por el Registro Mercantil, y consulta el Registro de la Propiedad del cual no aparecen limitación alguna, pero que todavía no ha elevado a escritura su documento privado de compra por no otorgárselo la vendedora, ¿le han de perjudicar (no ya derechos de terceros que igualmente confían y han adquirido, lo cual sería lógico que se decidiera por vía sustantiva conforme al artículo 1.473 C.C.) sino figuras restrictivas de la facultad de disposición de su transferente no publicados?

Creo que la seguridad del tráfico se reforzaría lege ferenda haciendo constitutiva la inscripción de las prohibiciones de disponer.

Deben desaparecer por tanto los efectos de las limitaciones no inscritas pero que gozan de cierta publicidad frente a quien no es tercero inscrito. La legitimación registral debe tener un valor absoluto y pleno, no limitado a quien acude al Registro, al menos cuando incide al mismo tiempo la legitimación mercantil y no se trata de conflicto entre derechos no inscritos sino restricciones unilaterales de la facultad dispositiva.

Es decir, el tradicional concepto de oponibilidad derivada de la *fehaciencia* debe quedar limitado al supuesto de adquisición de derechos subjetivos reales plenos o limitados, de manera que la identidad entre *oponibilidad y publicidad registral* se dará en sede de *prohibiciones de disponer.*

Por eso no es censurable la jurisprudencia, que respecto de ventas con reserva de dominio formalizadas en documento privado, admiten la tercería de dominio interpuesta por el comprador frente a embargos de la sociedad vendedora, pese a que en el momento de la anotación los bienes estaban inscritos a nombre de ésta, porque el anotante de embargo no goza de las ventajas del sistema, pues no es derecho inscrito, y porque se trata de proteger al adquirente de un derecho real pleno como es el de dominio, y en consecuencia prevalecerá la adquisición hecha en documento privado siempre que ésta goce de cierta publicidad —fecha fehaciente artículo 1.227 C.C.—.

En todo caso —insisto— sería conveniente que se sancionase legalmente de una manera expresa el carácter constitutivo de la inscripción de la prohibición de disponer.

VI. Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer

Los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer bienes inmuebles, serían precisamente los de dotarles de validez y consiguiente eficacia.

Supone reconocer a la inscripción de la prohibición de disponer los mismos efectos que tiene respecto de la compraventa de bienes muebles a plazos y que fueron explicados por la *S.T.S. de 19 de abril de 1975* en los siguientes términos:

«La inscripción en el Registro de las reservas de dominio y prohibiciones de enajenar, es de inexcusable observancia para que puedan ser oponibles a los que no intervinieron en los contratos.

La validez y eficacia de un acto puede depender del cumplimiento de determinadas circunstancias, que por revelar la celebración del mismo, integran medios de publicidad, cuya finalidad es la de que el acto jurídico llegue a conocimiento no sólo de los que intervinieron en su realización, sino, además, de los terceros, figurando como medio de publicidad la inscripción en los diferentes Registros lo que condiciona

la tipificación de los efectos propios del acto al cumplimiento de dicho requisito, impuesto como carga».

Los efectos de las prohibiciones inscritas son los ya estudiados de creación de una situación de litis consorcio pasivo necesario entre titular registral y favorecido, así como la nulidad del acto dispositivo.

VII. Para determinar los efectos de las prohibiciones inscritas hay que atender al título constitutivo o a la ley

No siempre el acto dispositivo realizado en contra de una prohibición de disponer inscrita es *radicalmente nulo*. Así debe serlo en la generalidad de los casos ya que el efecto característico de las prohibiciones es la nulidad absoluta del acto dispositivo (artículo 6 párrafo 3.º C.C.).

No obstante, existen supuestos excepcionales en que esto no es así y el efecto es simplemente la posibilidad de impugnación del acto por el favorecido por la prohibición —cfr. inciso último artículo 6 párrafo 3 C.C. citado—.

a) Es el caso de las prohibiciones legales en que se prevea la *anulabilidad* del acto, como ocurre en la enajenación de la vivienda habitual por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro (artículo 1.320 en relación con el 1.322 C.C.).

b) Como es el caso de las prohibiciones en que en el *título constitutivo* así se hubiera previsto.

Y así no será lo mismo que diga:

«Prohíbo a mi heredero disponer de la finca mientras viva su madre», en cuyo caso la sanción por incumplimiento debe ser la normal de toda prohibición, esto es, la nulidad absoluta (no ratificable ni siquiera con la comparecencia del favorecido, esto es, de la madre) dado que la voluntad del causante fue excluir toda disposición en vida de la madre.

Que no que se establezca:

«Prohíbo a mi heredero disponer de la finca sin el consentimiento de su madre la cual podrá impugnar la enajenación efectuada», en cuyo caso la sanción por incumplimiento debe ser la anulabilidad a instancia de la madre, la cual podrá ratificar y purificar el negocio, e incluso será prescriptible la acción.

VIII. La figura del asentimiento como modalidad de las prohibiciones de disponer

En efecto, y en base a lo dicho antes, la figura del asentimiento de una persona exigido por la ley para la realización de ciertos actos por otra, no es más que una prohibición de disponer impuesta a ésta sin el consentimiento de aquélla, si bien con efectos de anulabilidad o impugnación en lugar de los más rigurosos de nulidad radical que las prohibiciones de disponer conllevan.

Tales prohibiciones, articuladas no como meras figuras restrictivas unilaterales, sino a través de la exigencia de intervención de la persona favorecida, se fundamentan en un interés especial digno de protección.

Era el caso de asentimiento exigido por la redacción del C.C. anterior a la reforma de 13-5-1981 para la disposición por el marido de los bienes gananciales, que exigía —tratándose de disposición sobre inmuebles— el consentimiento de la esposa o en su defecto autorización judicial (artículo 1.413 C.C. según redacción por ley de 24-4-1958 vigente hasta la citada ley de 1981).

Y es el caso del vigente artículo 1.320 C.C. en relación con el 1.322 C.C. que exige el asentimiento del otro cónyuge para que el cónyuge titular pueda disponer de la vivienda familiar, o del artículo 96 C.C. que exige igualmente el consentimiento del cónyuge separado a quien se ha atribuido el uso de la vivienda familiar para disponer de ella por su titular, cuyo análisis pormenorizado ya hemos hecho con anterioridad.

IX. Fomento de la figura del asentimiento y exclusión de las figuras meramente restrictivas

Los supuestos anteriores, en los que existe un interés digno de protección —fundamentalmente el interés del menor o de la familia— así como todos aquéllos en que la prohibición se articula a través de la exigencia de intervención de un tercero, son figuras que tienen sentido en la sociedad moderna, caracterizada por el dinamismo de la contratación inmobiliaria y en general mercantil.

Por el contrario, menor es el interés que puede justificar la configuración de una prohibición de disponer como *figura restrictiva unilateral*, que precisamente trata de vincular los bienes, es decir, hacer todo lo contrario de lo que caracteriza la sociedad moderna, en contra de

principios liberales plenamente enraizados y consolidados como es el de la libertad de tráfico.

Las figuras restrictivas unilaterales deben quedar circunscritas —porque tradicionalmente han sido admitidas— a los supuestos de *actos o negocios a título gratuito,* siempre que reúnan los requisitos de temporalidad y justa causa ya estudiados con anterioridad.

Sólo excepcionalmente *intereses sociales* merecedores de protección —como el reiterado interés de la familia, las necesidades urbanísticas, el fomento de la vivienda protegida, etc.— puede justificar la imposición de restricciones a la libertad de tráfico, pero deberá preverlo la ley a través de *prohibiciones legales.*

En los *negocios onerosos* si lo que se pretende es satisfacer el interés privado de una persona a la que se trata de favorecer, la forma de articular la restricción a la transmisibilidad del inmueble, será la atribución de un verdadero derecho real de adquisición preferente o la exigencia de la intervención del favorecido en la realización de actos dispositivos.

Las figuras restrictivas unilaterales en los negocios onerosos no son merecedoras de protección —carentes de causa— por limitarse contravenir innecesariamente la libre circulación de los bienes, y si se quiere proteger a un tercero, exíjase su intervención en la configuración de la restricción. Todo lo demás no será merecedor de tutela jurídica, como lo demuestra la tendencia a su desconocimiento en caso de *conflicto con otros intereses.*

Así ocurrió —como se vio— con el conflicto entre las prohibiciones de disponer y el principio de responsabilidad patrimonial universal, conflicto que debe ser decantado en favor de éste, dado su carácter imperativo, por la fuente de fraude que se daría en caso contrario y en aras del fomento de la economía nacional —como reconoció la estudiada *R.D.G.R.N. de 22-2-1989,* que excluyó de tutela jurídica a intereses no suficientemente articulados por vía de atribución de derechos inscritos—.

X. Admisibilidad de las prohibiciones de disponer así entendidas en los negocios onerosos

Así entendidas las prohibiciones de disponer y si se configurasen con los requisitos que propugnamos (con causa socialmente justa, o

configuradas por vía del asentimiento a la disposición por parte del favorecido si el interés que se defiende es particular, pero siempre con exclusión de las figuras restrictivas unilaterales en los negocios onerosos y con efectos reales sólo cuando estén inscritas —carácter constitutivo que haría que todo lo demás fueran prohibiciones nulas, a menos que expresamente se hubieran configurado como obligaciones de no disponer—) ningún conflicto plantearían con las modernas exigencias de fomento del tráfico mercantil de inmuebles e incluso podrían desempeñar un papel importante en el aseguramiento del cumplimiento de ciertas contraprestaciones en los negocios onerosos (pago precio aplazado, cumplimiento de obligaciones urbanísticas asumidas por el comprador, restricción de la disponibilidad de derechos temporales —como el derecho de superficie— para evitar falsas expectativas, etc.), lo que nos lleva a propugnar «lege ferenda» la extensión de su admisibilidad, hoy en día sólo defendible por generalización de supuestos en los que excepcionalmente se sigue una técnica parecida (pacto de reserva de dominio, prohibición de actos de riguroso dominio no dispositivos gravemente perjudiciales —como el arrendamiento de finca hipotecada—, prohibiciones en donaciones con causa o onerosa, etc.).

XI. Necesidad siempre a estos efectos de una causa justa

La validez y consiguiente inscribibilidad de las prohibiciones de disponer no debe inferirse tanto de la onerosidad o gratuidad del acto de constitución cuanto de la existencia de una razón suficiente que ampare la imposición de las mismas.

Como ya demostré, no deben existir diferencias para la no admisión del pacto de vencimiento anticipado de las hipotecas por enajenación de la finca, tanto se trate de hipoteca con causa onerosa —que será lo más frecuente— cuanto sea hipoteca gratuita —caso de la hipoteca en garantía de deuda ajena—, pues en ambos casos lo que excluye su validez e inscribibilidad es la falta de razón suficiente, pues la prohibición de enajenar la finca no supone mayor garantía que la que ya tiene el acreedor.

Por eso, lo importante es fijarse en la causa concreta más que en la causa genérica, importando más que la prohibición de disponer responda a un interés necesitado de protección que no a una construcción gratuita.

De ahí la defensa que se ha hecho de numerosos supuestos de admisibilidad de la prohibición de disponer en negocios onerosos.

XII. Restricción de la eficacia de tanteos y retractos legales

Los tanteos y retractos legales sólo surtirán efectos entre el vendedor, comprador y titular del derecho de tanteo o retracto legal, pero no frente al *subadquirente* inscrito protegido por la fe pública registral y que ha inscrito una vez transcurrido el plazo de ejercicio del tanteo o retracto, a menos que constase anotada la demanda de ejercicio del tanteo o retracto.

Esto es, no le perjudicarán los tanteos o retractos legales ejercitados en plazo pero aún no anotados cuando el verifica su adquisición, todo ello sin perjuicio —en caso de venta *frauduienta*— de impugnar por este motivo la segunda venta (demostrando la mala fe del subadquirente) pero es que en tal caso no existe verdadero tercero hipotecario.

La razón es la *necesaria interpretación restrictiva* de estas figuras excepcionales, que suponen quiebras del sistema inmobiliario, de modo que no sólo no debería admitirse nuevas figuras, sino que debería reconducirse a sus justos términos para no perjudicar la contratación inmobiliaria.

La aplicación correcta de los principios hipotecarios exigiría para perjudicar a tercero —a salvo los supuestos de mala fe— que la *anotación de demanda de retracto* se practicase en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción de la compra del subadquirente de buena fe y a título oneroso.

Se seguiría un criterio similar, al que la jurisprudencia registral ha aceptado respecto de otras «cargas ocultas» como puede ser la afección de los elementos independientes de una propiedad horizontal al pago de los *gastos de comunidad* a que se refiere el artículo 9 párrafo 5.º de la L.P.H., que sólo perjudicarán a tercero, según la *R.D.G.R.N. de 9 de febrero de 1987,* en cuanto a los producidos durante el último año y la parte vencida de ia anualidad corriente —a contar desde la interposición de la demanda— siempre que aún no haya transcurrido dicho plazo o se haya practicado la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad, sin que se pueda pretender hacer efectiva tal preferencia transcurridos varios años frente a tercero que inscribió su título sin que constase la anotación.

Como dice la citada R.D.G.R.N. «la correcta armonía entre el legítimo derecho que por ley corresponde a la comunidad de propietarios y las exigencias de seguridad del tráfico y certeza de las titularidades jurídicas inmobiliarias, impone la necesidad de la constancia inmediata

de la demanda —en lo relativo a las cantidades objeto de cobertura real—».

XIII. Propuesta de modificación de los artículos 26 y 27 L.H.

El *artículo 26 L.H.* debería quedar redactado así:

«Las prohibiciones de disponer se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán su efecto con arreglo a las siguientes normas:

1.ª Las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio, sin perjuicio de la protección del tercero que hubiere adquirido con los requisitos del artículo 34.

2.ª Las que deban su origen a alguna resolución judicial o administrativa basada en supuestos expresamente previstos en la ley, serán objeto de anotación preventiva.

3.ª Las voluntariamente impuestas en actos o contratos deberán ser inscritas para que tengan validez.»

El *artículo 27 L.H.* debería expresarse así:

«Las prohibiciones de disponer impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, no podrán exceder del límite temporal establecido en los artículos 781 y 785 párrafo 2.º del C.C., y determinarán la nulidad absoluta de los actos dispositivos realizados en contravención a las mismas, salvo que en el título constitutivo se establezca la mera anulabilidad a instancia el favorecido.

Las que tengan su origen en actos o contratos no comprendidos en el párrafo anterior, que serán válidas siempre que no constituyan una restricción absoluta de las facultades dispositivas del titular y no excedan del plazo de diez años a contar de su inscripción, determinarán la anulabilidad del acto dispositivo realizado sin consentimiento del favorecido por la prohibición.

En ambos casos deberán responder a una justa causa expresamente manifestada.

La acción de nulidad relativa o anulabilidad prescribirá a los cuatro años a contar desde que el favorecido con la prohibición hubiera tenido conocimiento del acto de disposición.»

Con ello se cubrirían los objetivos defendidos en este trabajo, a saber que las prohibiciones de disponer deben responder a los siguientes criterios:

1. Interpretación restrictiva.

2. Admisión con cautela de las prohibiciones de disponer, haciendo discriminación no tanto por razón de la naturaleza gratuita u onerosa del acto constitutivo como por su causa.

Ahora bien, mientras que en los negocios gratuitos está justificada —dada la inexistencia de contraprestación— las figuras restrictivas unilaterales, que determinarán la nulidad absoluta del acto, en los negocios onerosos, tan sólo está justificada —dado el principio de libertad de tráfico— la protección del favorecido a través de la anulabilidad del acto realizado sin su consentimiento.

En uno y otro caso el acto no será inscribible, si bien en el primer caso —nulidad absoluta— el acto adolecerá de falta insubsanable, y en el segundo —anulabilidad— de falta subsanable (dada la posibilidad de ratificación), pudiéndose en este último caso tomarse anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables (artículo 65 L.H.).

3. Necesidad de justa causa que las ampare en uno y otro caso, entendida como función económico-jurídica concreta justa que no pueda satisfacerse de otra manera.

4. Limitación temporal, para que no constituyan una vinculación perpetua, pudiendo mantener respecto de las gratuitas del plazo derivado de los artículos 785 y 781 del C.C. —que por su regulación en sede hereditaria quedaría restringida a las disposiciones testamentarias y demás de carácter gratuito— pero siendo conveniente un plazo más breve respecto de las constituidas a título oneroso, pudiendo establecerse el plazo de diez años en función de lo establecido para supuestos análogos (cfr. artículo 400 C.C.). Las que excedan de tales plazos son nulas totalmente, sin admitirse la nulidad pro-parte.

5. Carencia en absoluto de efectos por invalidez de la prohibición de disponer bienes inmuebles no inscrita en el Registro de la Propiedad.

6. Ya no existirá la figura intermedia de prohibición de disponer no inscrita que hasta ahora tenía ciertos efectos reales en nuestro Derecho

—prohibición voluntaria en acto gratuito no inscrito que es eficaz frente a tercero no inscrito— y que ahora será nula por ser la inscripción constitutiva, con la consiguiente claridad y mejora de la seguridad jurídica.

7. Subsistencia de la posibilidad de que convencionalmente se estipulen obligaciones de no disponer, que no serán inscribibles según las normas generales del sistema hipotecario (artículo 9 R.H.), con posibilidad no obstante de garantizar mediante hipoteca el perjuicio cuantitativamente determinado que su incumplimiento pudiera ocasionar (artículo 12 L.H.) de conformidad con la regla general del art. 1.861 C.C.

Con ello el *artículo 57 R.H.* quedaría así:

«Cuando mediante hipoteca se asegure el cumplimiento de una obligación de no disponer, se inscribirá la hipoteca que se constituya y se denegará expresamente la inscripción de la prohibición de disponer.»

La subsistencia de la denegación de la prohibición de disponer adquiere un nuevo sentido, derivado no ya de la imposibilidad de constituir prohibiciones de disponer en actos onerosos, sino de la diferenciación entre las prohibiciones de disponer propiamente dichas —de eficacia real constitutiva a través de la inscripción— de las obligaciones de no disponer —de alcance puramente obligacional—, de manera que si los otorgantes tratan de configurar una mera obligación de no disponer, para evitar dudas respecto a la validez y eficacia de posibles enajenaciones posteriores, se denegará expresamente la prohibición de disponer y se inscribirá la hipoteca, con determinación del importe garantizado en que se traduciría el posible incumplimiento de la obligación.

8. Eficacia frente al adquirente de las prohibiciones legales no inscritas, no pudiendo alegar la fe pública registral (pues debió conocer las limitaciones legales que afectaban al dominio del transferente) pero no frente al subadquirente que reúne los requisitos del artículo 34 de la L.H. —en beneficio de los principios del sistema inmobiliario y la seguridad jurídica—.

BIBLIOGRAFIA

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente,* Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1965.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *La causa del crédito hipotecario,* C.E.R., Madrid, 1990.

ÁVILA NAVARRO, Pedro: *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas),* C.E.R., Madrid, 1990.

BROSETA PONT, Manuel: *Acciones: clases y régimen jurídico,* en el ciclo «Reforma del Derecho español de sociedades de capital», C.N.R.P., Madrid, 1987.

CALVO SORIANO: *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia,* R.D.P., 1952.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Indices R.C.D.I.,* C.E.H., 1984.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Examen de los actos jurídicos sobre inmuebles, en especial la capacidad,* C.E.H., Madrid, 1989.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Protección legal de la vivienda familiar,* R.C.D.I., número 588 septiembre-octubre, 1988.

CARCABA FERNÁNDEZ, María: *La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 C.C.,* R.C.D.I., número 582, septiembre-octubre, 1987.

CARRETERO GARCÍA, Tirso: *Las pseudo-prohibiciones de disponer de la L.A.U.,* R.C.D.I., noviembre 1958, número 366.

CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil y foral,* 14.ª ed., 1984.

CASTRO LUCINI: *Temas de Derecho Sucesorio,* Agisa, 1978.

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD: *Leyes hipotecarias y registrales de España,* C.E.H., 1989.

CHICO ORTIZ, José María: *Estudios sobre Derecho Hipotecario,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989.

CHICO ORTIZ, José María: *La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad,* R.C.D.I., número 602, 1991.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España,* 2.ª ed.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico,* Madrid, 1971 —ed. facsímil Civitas 1985—.

DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos dei Derecho Civil Patrimonial,* Tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1978.

EGUSQUIZA BALMASEDA, María Angeles: *Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1989),* R.C.D.I., enero-febrero 1991, número 602.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: *Derecho real de uso y poder de disposición,* R.C.D.I., número 584, enero-febrero 1988.

FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, Antonio: *Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales,* R.D.N., número CXLIII, enero-marzo 1989.

GALINDO DE VERA, León y ESCOSURA ESCOSURA, Rafael: *Comentarios a ia legislación hipotecaria de España y Ultramar,* Madrid, 1892.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Código de leyes administrativas,* Civitas, Madrid, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA y otros: *Tratado de Derecho comunitario europeo,* Ed. Civitas, Madrid, 1986.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de iegislación hipotecaria y del Registro Mercantil,* Civitas, 1990.

GIL SOCII, G.: *Comentarios a la R.D.G.R.N. 5 de febrero de 1925,* R.C.D.I., mayo 1925, número 5.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: *Prohibciones de disponer,* R.C.D.I., septiembre-octubre 1925, números 9-10.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: *Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral,* C.E.H., Madrid, 1989.

HERNÁNDEZ CRESPO, Carlos: *Publicidad registral de la suspensión de pagos,* R.C.D.I., número 604, mayo-junio 1991.

ISAC AGUILAR, Antonio: *El uso de la vivienda conyugal,* R.C.D.I., número 577, 1986.

JAGO, Charles: *The influence of debt on the relations between Crown and aristocracy,* Economic Historic rewiew, 1973.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil,* Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

LADARIA CALDENTEY, J.: *Legitimación y apariencia jurídica,* Barcelona, 1952.

LEZÓN NOVOA, Manuel: *Una modaiidad de autocontratación y prohibición de enajenar,* R.C.D.I., noviembre 1926, número 23.

LUCINI CASALES, Angel: *La vivienda familiar en el régimen del C.C. reformado,* R.C.D.I., número 596, enero-febrero 1990.

MOXO RUANO, Antonio: *Propiedad limitada: Prohibiciones de disponer,* Conferencia Colegio Notarial de Barcelona, 1948.

MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, Luis: *La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias a non dominio,* R.C.D.I., número 603, marzo-abril 1991.

MIQUEL CALATAYUD, Antonio: *Visión general sobre la normativa de extranjería,* B.C.E.H.C., número 28, septiembre 1991.

O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Comentarios al C.C. y Compilaciones Forales,* tomo XXVII, 1978.

PASCUAL LACAL: *Prohibición de dividir la herencia en nuestro derecho positivo,* R.C.D.I., agosto 19331, número 50.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario,* Madrid, 1982.

PORCIOLES Y COLOMER: *Regim economic familiar al Baix Urgell i Segria,* Conferencia 16 abril 1934, Barcelona, 1934.

PUIG FERRIOL, Luis y ROCA TRÍAS, Encarna: *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña,* Barcelona, Ed. Bosch, 1980.

RÍOS MOSQUERA, A.: *La prohibición de enajenar en el Registro,* R.C.D.I., abril 1925, número 4.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix: *Las prohibiciones de disponer voluntarias: Estudio de sus efectos,* y su *Extinción y cancelación,* R.C.D.I., enero-febrero y julio-agosto 1983, números 554 y 557.

SAPENA TOMÁS, Joaquín: *Sobre la prohibición de ceder el crédito hipotecario,* R.C.D.I., mayo-junio 1957, número 348.

SIMÓN SEGURA: *Manual de Historia económica y mundial de España,* Ed. Ramón Areces S.A., 1991.

TORRES AGUILAR, Juan: *Prohibición de enajenar los bienes dejados en nuda propiedad a los hijos menores,* R.C.D.I., diciembre 1953, número 307.

VALLET DE GOYTISOLO: *Las compraventas por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia,* R.D.P., 1944.

YSAS SOLANES, María: *La compraventa con pacto de sobrevivencia,* Revista «La llei», abril 1991.

EQUIVALENCIAS

B.C.E.H.C.:	Boletín Centro Estudios Hipotecarios Cataluña
C.C.:	Código Civil
C.E.R.:	Centro de Estudios Registrales
CO.CO.:	Código de Comercio
D.G.R.N.:	Dirección General de los Registros y Notariado
D.G.T.E.:	Dirección General Transacciones Exteriores
L.A.R.:	Ley Arrendamientos Rústicos
L.A.U.:	Ley Arrendamientos Urbanos
L.E.C.:	Ley Enjuiciamiento Civil
L.H.:	Ley Hipotecaria
L.H.M.PSD.:	Ley Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazam.
L.P.H.:	Ley de Propiedad Horizontal
L.P.H.E.:	Ley Patrimonio Histórico Español
L.R.V.S.:	Ley de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo
L.S.:	Ley del Suelo
L.S.A.:	Ley Sociedades Anónimas
R.C.D.I.:	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R.D.G.R.N.:	Resolución de la Dirección General de los Registros y dei Notariado
R.D.N.:	Revista de Derecho Notarial
R.D.P.:	Revista de Derecho Privado
R.G.U.:	Reglamento de Gestión Urbanística
R.H.:	Reglamento Hipotecario
R.R.M.:	Reglamento del Registro Mercantil
S.T.C.:	Sentencia del Tribunal Constitucional
S.T.S.:	Sentencia del Tribunal Supremo
S.T.S.J.:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

La presente obra supone un estudio profundo de las prohibiciones de disponer en el Derecho civil español, tanto común como foral. Dada la parquedad del Código Civil, que se limita a suprimir las vinculaciones perpetuas, la materia ha sido desarrollada por la legislación hipotecaria (artículos 26 y 27) que tan sólo admiten la inscripción en el Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer en actos a título gratuito, no en los onerosos. Sin embargo en este estudio, el autor llega a la conclusión de que existen supuestos en que estaría justificada la admisión de prohibiciones en actos onerosos, como para Navarra admite la ley 482 de su Compilación. Después de estudiar el concepto de las prohibiciones de disponer, como restricciones de la facultad dispositiva de los derechos transmisibles, que no atribuyen derecho subjetivo alguno al favorecido por ellas pero que guardan grandes analogías con los derechos reales, se estudian sus diferencias con figuras afines (modo, derechos de adquisición preferente, intransmisibilidad derivada del objeto, falta de capacidad, etc.), sus caracteres (justa causa, temporalidad, eficacia «erga omnes», etc.) y sus clases (legales, procesales, administrativas y voluntarias), haciendo un estudio especial de las limitaciones institucionales de la propiedad inmobiliaria y de los estatutos de la propiedad horizontal. Se estudian también los efectos de las prohibiciones de disponer respecto de actos dispositivos anteriores y posteriores, y la forma de cancelación de las mismas. Se propugna finalmente una reforma legislativa que ampare el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer, de tal forma que las prohibiciones de disponer no inscritas, no sólo no perjudiquen al tercero que inscribe (artículo 32 y 34 L.H.) sino tampoco al tercero civil no inscrito. Y dentro de los actos onerosos, se propugna la admisión de las figuras de asentimiento, esto es, la intervención de un tercero para la validez del acto dispositivo, figura muy cercana a los derechos de adquisición preferente.