

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**4397** *Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Jesús Ibáñez Calomarde, Notario de Gandía, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad accidental de Gandía número 1, doña Alicia de la Rúa Navarro, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

#### Hechos

I

En virtud de escritura autorizada por el notario de Gandía, don Jesús Ibáñez Calomarde, el día 20 de agosto de 2018, con el número 873 de protocolo, comparece don J. F. M. B., y su esposa doña, M. C. E. N., y constituyeron hipoteca sobre la finca registral número 62.823 del Registro de la Propiedad de Gandía número 1, propiedad del primero por título de donación, a favor de la entidad «Caixabank, S.A.», en garantía del préstamo formalizado en la misma escritura. Sobre la finca registral constaba inscrita la siguiente prohibición de disponer impuesta por los donantes: «Prohibición de disponer: Los donantes prohíben expresamente a los donatarios, durante la vida de los mismos, vender, ceder o por cualquier otro título transmitir la finca que se le dona, así como arrendar la misma, ni cederla a título precario, sin su consentimiento y en caso de muerte de uno de ellos, del que sobreviva. La prohibición se extingue a la muerte del último de los donantes».

II

Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Gandía número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«En relación al documento de fecha 20/08/2018, del Notario de Gandía, Jesús Ibáñez Calomarde, con n.º de protocolo 873/2018, Asiento 1282 del Diario 148, he acordado su calificación desfavorable por lo siguiente:

Hechos:

Se solicita la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sobre la finca registral 62823, en la que consta inscrita una prohibición de vender, ceder o transmitir por cualquier título la finca sin el consentimiento de los donantes o de aquél que sobreviva.

Fundamentos de Derecho:

El artículo 18 de la ley Hipotecaria, en relación con el artículo 26 de la Ley Hipotecaria y el artículo 145 del Reglamento Hipotecario.

La prohibición de disponer está redactada en los siguientes términos: "Los donantes prohíben expresamente a los donatarios, durante la vida de los mismos, vender, ceder o por cualquier otro título transmitir la finca que se le dona, así como arrendar la misma, ni

cederla a título precario, sin su consentimiento y en caso de muerte de uno de ellos, del que sobreviva. La prohibición se extingue a la muerte del último de los donantes". Si bien no se recoge expresamente la prohibición de constituir hipotecas o de gravar, o una expresión genérica de disponer, sí que está redactada en términos amplios para evitar la transmisión de la finca por cualquier título o causa, incluso para evitar la transmisión del uso de la misma.

Teniendo en cuenta que la constitución de hipoteca supone una enajenación en potencia, y que a través de su ejecución en caso de impago se produciría la transmisión de la finca que la prohibición de disponer impide, y que el impago que lo generaría depende exclusivamente de aquel a quien se impone la prohibición (ya que es el mismo deudor), que podría así burlarla, cabe concluir que la constitución de hipoteca, al menos en los términos en que está redactada, contraviene la prohibición de enajenar impuesta e inscrita, al no contar con el consentimiento de los donantes. Cabría, no obstante, constituir la hipoteca sin dicho consentimiento, si de alguna manera se respetara la prohibición de transmitir, es decir, dado que en la fase ordinaria previa a la ejecución la hipoteca no conlleva directamente la enajenación de la finca, podría constituirse ésta y no supondría vulneración de la prohibición si se estableciera la imposibilidad de acudir a la ejecución de la hipoteca (que es lo que sí implicaría la transmisión) hasta que se extinga la prohibición de transmitir por cualquier título.

Los propios interesados han considerado necesario el consentimiento de los donantes, como demuestra que, tanto en la primera de las hipotecas constituidas sobre la finca, como en su ampliación, y en la segunda hipoteca que se constituyó, comparecieran en todo caso los donantes para consentir la constitución de las mismas.

La DGRN ha mantenido la necesidad de respetar las prohibiciones de disponer inscritas, aunque sean objeto de interpretación restrictiva, y así, en Resolución de 9 de junio de 2012, admite la constitución de hipoteca sobre una finca en la que existía una prohibición únicamente de "enajenar" dado que las partes pactaban que no podrá ejecutarse mientras no quede resuelta la anotación de prohibición de enajenación referida, al señalar que "Cierto es, como apunta el registrador, que a través del impago del préstamo por parte del propietario de las fincas afectadas por la prohibición de enajenación podría forzarse la ejecución de la hipoteca y la consiguiente venta forzosa de los bienes, defraudando por esta vía la finalidad perseguida en el proceso y publicada legítimamente en el Registro. No obstante, esta eventualidad queda salvada suficientemente en el presente caso a través del pacto expresamente contenido entre acreedor y deudor, de imposibilidad de proceder a la ejecución de la garantía en tanto no se resuelvan las prohibiciones vigentes, pacto que debe ser interpretado a modo de 'conditio iuris' de su eficacia".

También ha rechazado la DGRN la posibilidad de soslayar la necesidad del consentimiento sobre la base de la falta de condiciones mentales o físicas que impidan prestar el consentimiento debido, indicando en Resolución de 16 de junio de 2015, en que trata esta cuestión, que "además de constituir una restricción de la facultad de disponer supone el reconocimiento de un ámbito de poder en favor de quien ha de consentir el acto dispositivo, en el presente caso los donantes o quien sobreviva. Atribuye una facultad de respeto, que puede ser exigido por quien ha de consentir, pudiendo destruir 'erga omnes', es decir, frente a terceros adquirentes no protegidos por una adquisición a non domino, la aparente eficacia jurídica que pudiera crear el acto dispositivo realizado sin su consentimiento".

En consecuencia, atendiendo a la redacción y finalidad de la prohibición de disponer inscrita, para la constitución de la hipoteca será necesario el consentimiento de los donantes, o bien la previa extinción de la prohibición, o bien estipular en la hipoteca que ésta no pueda ejecutarse hasta que se haya extinguido la prohibición.

Una vez calificadas las cláusulas que configuran la garantía hipotecaria y la obligación asegurada, con la extensión prevista en los artículos 12, 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria, Artículos 83 y 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de

noviembre, artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012 y del Tribunal Supremo 792/2009 de 16 de diciembre, entre otras, se deniega la inscripción de las cláusulas siguientes:

#### Hechos:

- El pacto cuarto comisiones, por no estar garantizadas.
- El pacto quinto relativo a gastos, apartados a), b) c), d), f), h).
- De las causas de vencimiento anticipado:
  1. El número 2 en caso de falta de pago de cualquiera de las cuotas.
  2. El número 6 en cuanto no llegara a inscribirse la hipoteca.
  3. El número 7 el incumplimiento por el deudor o fiador de obligaciones ajenas a la garantizada por hipoteca.
  4. El número 8 en caso de concurso.
  5. El número 9 en cuanto incumplieren determinadas obligaciones puestas a los empresarios.
- El depósito asociado y la facultad de compensación del pacto 7.º, en el 9.º el penúltimo párrafo, y los pactos 14.º, 16.º, 17.º y resolución de conflictos, por carecer de trascendencia real.

#### Fundamentos de Derecho:

- El pacto cuarto comisiones, por no estar especialmente garantizadas con la hipoteca, lo que les convierte en obligacionales y carentes de trascendencia real.
- El pacto quinto relativo a gastos, apartados a), b) c), d), f), h), conforme a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, que considera abusivos la atribución de los gastos correspondientes al acreedor, al deudor. Asimismo de acuerdo con el artículo 89.3 LGDCU.
- De las causas de vencimiento anticipado:
  1. El número 2 en caso de falta de pago de cualquiera de las cuotas, conforme al artículo 693.2 de la LEC.
  2. El número 6 en cuanto no llegara a inscribirse la hipoteca, puesto que se ha inscrito.
  3. El número 7 el incumplimiento por el deudor o fiador de obligaciones ajenas a la garantizada por hipoteca, porque es pacto totalmente ajeno al préstamo hipotecario garantizado y, además, la ejecución no disminuye la garantía real y la preferencia de la hipoteca y, por tanto, vulnera los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria y el 1129.1 del Código Civil. La STS de 16 de diciembre de 2009 establece que "La previsión legal – artículo 1129 del Código civil–, de carácter objetivo y para eventualidades posteriores al contrato, será perfectamente aplicable como cláusula de vencimiento anticipado, pero esta cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a que se haya acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia, y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional –predisponente– para ejercitar la facultad resolutoria contractual".
  4. El número 8 en caso de concurso, ya que el artículo 61-3 de la Ley Concursal 22/2003 expresamente e imperativamente dispone que se ha de entender como no puesto, salvo en el supuesto que se establezca sólo para aquellos supuestos en que la legislación concursal lo permita.

5. El número 9 en cuanto incumplieren determinadas obligaciones puestas a los empresarios. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008 y 16 de diciembre de 2009 la rechaza razonando que "resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida".

– El depósito asociado y la facultad de compensación del pacto 7.º, en el 9.º el penúltimo párrafo, y los pactos 14.º, 16.º, 17.º y resolución de conflictos, por carecer de trascendencia real, conforme al artículo 98 y 9ba de La Ley Hipotecaria, y 51.6 del Reglamento Hipotecario.

Este/os defecto/s tiene/n el carácter subsanable. No se toma anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada.

El asiento de presentación queda prorrogado por sesenta días contados desde la fecha de la última notificación practicada al presentante y al autorizante, en el modo establecido en los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria.

Contra esta calificación (...).

En Gandía, a 13 de noviembre de 2018.–La Registradora accidental (firma ilegible).  
Fdo: Alicia de la Rúa Navarro.»

### III

Contra la anterior nota de calificación, don Jesús Ibáñez Calomarde, notario de Gandía, interpuso recurso el día 29 de noviembre de 2018 mediante escrito y con arreglo a las siguientes alegaciones:

#### «Hechos

##### I

El 20 de agosto de 2018 "Caixabank, S.A." concede un préstamo hipotecario a unos particulares, en escritura autorizada por mí con el número 873 de orden de protocolo.

##### II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad número uno de Gandía, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

"Registro de la Propiedad Gandía número uno. Notificación de defecto. En relación al documento de fecha 20 de agosto de 2018 del Notario de Gandía Jesús Ibáñez Calomarde, con número de protocolo 873/2018. Asiento 1282 del Diario 148, he acordado su calificación desfavorable por lo siguiente:"

Continúa la calificación impugnada en cuanto a hechos y fundamentos de derecho, a la que me remito para evitar repeticiones.

Existe denegación de inscripción de otras cláusulas que no son objeto del presente recurso.

##### III

Dicha calificación fue notificada al Notario autorizante el día 13 de noviembre de 2018, por vía telemática.

Que este Notario que recurre discrepa de la anterior calificación por los siguientes:

## Fundamentos de Derecho

1.º Existen múltiples definiciones de lo que se entiende en nuestro derecho como prohibición de disponer; siendo la sentencia número 981/2011 del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 30 de Diciembre de 2011, la que define la prohibición de disponer como: "La privación o restricción del poder de disposición que forma parte del derecho subjetivo, y que impide el acto de disposición con mayor o menor amplitud, según haya sido previsto".

La prohibición de disponer puede establecerse en todo acto a título gratuito o intervivos cuya constancia en el Registro de la Propiedad contempla el artículo 26.3 de la Ley Hipotecaria.

El supuesto más claro y que coincide con el ahora debatido es el del donante que impone al donatario la prohibición de disponer del bien donado sea en forma absoluta, sea en determinados casos.

2.º En todo caso, las prohibiciones de disponer deben interpretarse como indica la doctrina, jurisprudencia y reiteradas resoluciones de la Dirección General, restrictivamente.

La Resolución de la Dirección General de 17 de marzo de 2017 ya señaló que el principio de libertad de tráfico, con amparo en el artículo 348 del Código Civil y por tanto vigente en nuestro sistema jurídico, exige que las restricciones legítimamente impuestas a la propiedad y en consecuencia a su facultad dispositiva sean interpretadas de forma restrictiva, sin menoscabo de los intereses que las justifican.

Así, por ejemplo:

– La prohibición de vender no impide extinguir la comunidad de común acuerdo o renunciar un comunero a su cuota acreciendo a los demás.

– La prohibición de vender en testamento no impide donar, indicando la Resolución de la Dirección General de 21 de marzo de 2018 que en éste caso, no se hace necesario analizar que actos acceden al Registro, una vez producido su cierre con base en una prohibición de disponer voluntaria –es decir no es necesario analizar su delimitación respecto de actos de administración o forzosos o cómo actúa sobre las facultades del dominio– sino sólo decidir si estamos ante una prohibición absoluta de disponer, como considera el registrador, de modo que cualquier acto de disposición, gravamen o limitación estaría vedado a los legatarios, o si por el contrario es una prohibición relativa, como considera el recurrente, que limita el efecto dispositivo, y por ende el cierre registral, a determinadas facultades, al concretarse la prohibición al solo caso de la venta del inmueble afectado.

No es baladí la distinción por cuanto las limitaciones a las facultades dispositivas sobre un objeto deben ser objeto de interpretación estricta.

Y la Resolución de 2 de noviembre de 2018 indica que en virtud del citado principio general de libertad de circulación de los bienes, y correlativa interpretación restrictiva de las limitaciones a la misma, este Centro Directivo ha entendido que si la prohibición es de enajenación y no de disponer con carácter general, debe interpretarse que sólo queda vedado el acceso a Registro a los actos traslativos del dominio de las fincas afectadas por las mismas, pero no a aquellos otros actos que, aun siendo dispositivos, no impliquen enajenación, como la constitución de derechos reales a favor de terceros.

3.º La prohibición de disponer recogida en el préstamo hipotecario otorgado ante mí en «Cargas y gravámenes» es también recogida en la nota de calificación: "Los donantes prohíben expresamente al donatario, durante la vida de los mismos, vender, ceder o por cualquier otro título transmitir la finca que se le dona, así como arrendar la misma, ni cederla a título precario sin su consentimiento y en caso de muerte de uno de ellos del que sobreviva. La prohibición se extingue a la muerte del último de los donantes".

Por tanto prohíbe vender, ceder o por cualquier otro título transmitir la finca donada, arrendar y ceder a título de precario, y en ningún caso habla de gravar, hipotecar o disponer por cualquier título.

Como indica la señora Registradora en su nota de calificación "si bien no se recoge expresamente la prohibición de constituir hipoteca o de gravar o una expresión genérica de disponer, sí que está redactada en términos amplios, para evitar la transmisión de la finca por cualquier título o causa, incluso para evitar la transmisión del uso de la misma". Y continúa "Teniendo en cuenta que la constitución de hipoteca supone una enajenación en potencia, y que a través de su ejecución en caso de impago se produciría la transmisión de la finca que la prohibición de disponer impide, y que el impago que lo generaría depende exclusivamente de aquél a quien se impone la prohibición (ya que es el mismo deudor), que podría así burlarla, cabe concluir que la constitución de hipoteca, al menos en los términos en que está redactada, contraviene la prohibición de enajenar impuesta e inscrita, al no contar con el consentimiento de los donantes. Cabría, no obstante, constituir la hipoteca sin dicho consentimiento, si de alguna manera se respetara la prohibición de transmitir, es decir, dado que en la fase ordinaria previa a la ejecución la hipoteca no conlleva directamente la enajenación de la finca, podría constituirse ésta y no supondría vulneración de la prohibición si se estableciera la imposibilidad de acudir a la ejecución de la hipoteca (que es lo que sí implicaría la transmisión) hasta que se extinga la prohibición de transmitir por cualquier título".

Disiento, respetuosamente, de la calificación de la señora Registradora:

– La prohibición de disponer está redactada en términos amplios, pero determinando los hechos concretos a los que abarca, entre los que no se encuentra el acto de gravar o hipotecar, y recordemos que dicha prohibición redactada en el otorgan «Quinto» de la donación (...) se hizo en documento público ante Notario, recogiendo la voluntad exacta de los donantes, cuando la impusieron. Si admitiéramos la opinión de la señora Registradora, quedarla en papel mojado la máxima jurídica de que las prohibiciones de disponer deben interpretarse restrictivamente.

– No se puede admitir como argumento que la constitución de hipoteca supone una enajenación en potencia; la calificación registral no se pueda basar en un hecho futuro que se puede dar o no, y que en todo caso sería una ejecución forzosa al margen de la voluntad del deudor hipotecario.

– La solución dada por la señora Registradora de estipular en la hipoteca que ésta no pueda ejecutarse hasta que se haya extinguido la prohibición y tomada de la Resolución de la Dirección General de 9 de junio de 2012, en un préstamo entre particulares, difícilmente pueda establecerse entre una Entidad financiera y un deudor hipotecario en una refinanciación de deuda; yo no conozco que se haya dado el caso en la práctica.

– Por todo lo expuesto, en el otorgamiento de la refinanciación del préstamo hipotecario, estimé no ser necesario el consentimiento de la donante, única sobreviviente.»

#### IV

La registradora emitió informe el día 10 de diciembre de 2018, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada, y remitió el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 33 de la Constitución Española; 348, 1255, 1289, 1320, 1857, 1858 y 1863 y siguientes del Código Civil; 26, 27, 71 y 104 de la Ley Hipotecaria; 145 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1991, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1929, 18 de abril de 1952, 18 de enero de 1963, 19 de julio de 1973, 27 de

enero de 1986, 22 de febrero de 1989, 5 de octubre de 2000, 23 de junio de 2003, 12 de diciembre de 2007, 26 de febrero y 9 de octubre de 2008, 8 de julio de 2010, 3 de agosto de 2011, 4 y 9 de junio de 2012, 25 de junio, 19 de octubre y 18 de diciembre de 2013, 13 de marzo y 15 y 19 de octubre de 2014, 16 de junio de 2015, 28 de enero y 14 de septiembre de 2016, 17 de mayo y 21 de julio de 2017 y 24 de enero, 21 de marzo, 11 de abril y 2 y 19 de noviembre de 2018.

1. El título cuya calificación es objeto de impugnación en el presente expediente consiste en una escritura de formalización de préstamo garantizado por hipoteca constituida sobre finca registral que consta gravada con una prohibición de disponer impuesta en la escritura de donación por la que adquirió el dominio el hipotecante, escritura otorgada como donantes por los progenitores de éste, e inscrita en el Registro de la Propiedad en fecha anterior a la presentación de la escritura de préstamo hipotecario. Dicha prohibición de disponer la finca se establece en los siguientes términos transcritos en el apartado de cargas y gravámenes de la misma escritura calificada: «Prohibición de disponer: Los donantes prohíben expresamente a los donatarios, durante la vida de los mismos, vender, ceder o por cualquier otro título transmitir la finca que se le dona, así como arrendar la misma, ni cederla a título precario, sin su consentimiento y en caso de muerte de uno de ellos, del que sobreviva. La prohibición se extingue a la muerte del último de los donantes».

En la citada escritura de préstamo hipotecario comparecen, además del deudor hipotecante y el representante de la entidad acreedora, la esposa del primero como deudora y a los efectos de prestar su consentimiento por ser la finca hipotecada vivienda habitual de los prestatarios. No comparece, ni interviene representado, ninguno de los progenitores del hipotecante, que en consecuencia no han prestado su consentimiento para la constitución de la hipoteca sobre la finca donada.

La registradora suspende la inscripción del documento por no ser posible, a su juicio, constituir sobre la finca gravada por la prohibición un gravamen hipotecario sin el consentimiento de los donantes, o sin la previa extinción de la prohibición, o bien sin estipular en la hipoteca que ésta no pueda ejecutarse hasta que se haya extinguido la prohibición, dado que si bien no se recoge expresamente en la transcrita cláusula la prohibición de constituir hipotecas o de gravar, o una expresión genérica de disponer, sí que está redactada la prohibición impuesta por los donantes en términos amplios para evitar la transmisión de la finca por cualquier título o causa, incluso para evitar la transmisión del uso de la misma. El notario recurrente se opone a dicha calificación, en síntesis, por entender que la limitación impuesta prohíbe vender, ceder o por cualquier otro título transmitir la finca donada, arrendar y ceder a título de precario, pero no impide gravar la finca, hipotecarla o disponer de la misma por cualquier título.

2. La resolución del presente recurso debe dilucidar sobre la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la que es objeto de hipoteca una finca transmitida por donación de padres a hijo, sobre la que consta inscrita una prohibición de disponer establecida por los donantes, siendo así que estos no comparecen para prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca, en los términos antes reseñados.

Con carácter general, cabe recordar la doctrina sobre la configuración registral de las prohibiciones de disponer que este Centro Directivo ha establecido en diversas ocasiones desde la clásica Resolución de 20 de diciembre de 1929 hasta la más reciente de 2 de noviembre de 2018. Conforme a esta doctrina las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a terceros adquirentes, sino restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva («ius disponendi») de su titular (cfr. Resolución de 13 de octubre de 2005).

Tales restricciones no impiden la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan sólo los actos voluntarios de transmisión «inter vivos», por lo que un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido «mortis causa» o en virtud de los citados actos dispositivos de carácter forzoso. Así resulta del principio de libertad

de tráfico, con amparo en el artículo 348 del Código Civil, el cual exige que las limitaciones legítimamente impuestas a la propiedad y, en consecuencia, a su facultad dispositiva, sean interpretadas de forma restrictiva sin menoscabo de los intereses que las justifican. Y ello por cuanto, las prohibiciones y demás restricciones que limitan la libre disposición de los bienes, son tratadas con desfavor por las disposiciones legales, en cuanto que si en algunas ocasiones aparecen justificadas para el logro de ciertos fines lícitos, al sustraer a la circulación los inmuebles afectados los hace poco aptos para el crédito territorial y crea, de otra parte, situaciones confusas, y por eso el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo tercero, establece que se harán constar en el Registro la Propiedad solo las impuestas en testamento y demás actos a título gratuito, siempre que la legislación vigente reconozca su validez, lo que requiere que tengan un carácter temporal, respondan a una razón lícita y no traspasen los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria, pues, en caso contrario, constituyen tan solo una mera recomendación (cfr. Resolución de 18 de enero de 1963).

Asimismo la doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, Resolución de 18 de diciembre de 2013) ha destacado que de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, relativos a las prohibiciones de disponer desde la perspectiva registral, resulta que sus efectos son diferentes según procedan de actos a título oneroso o gratuito: las prohibiciones voluntarias establecidas en actos a título gratuito tienen eficacia real y, en caso de incumplimiento, producen la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan (salvo que los constituyentes de la prohibición establezcan un efecto distinto para el caso de contravención). Por el contrario, las impuestas en actos a título oneroso no tienen eficacia real y su infracción sólo provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. Por ello, su acceso al Registro está regulado de diferente forma según se trate de unas u otras.

3. Por otra parte, siendo de libre configuración por el donante el pacto añadido a la disposición gratuita de bienes, no cabe duda de que éste puede modular la prohibición que tenga a bien establecer, disponiendo por ejemplo la forma de ejercicio, el efecto de la contravención (el Código Civil en relación con la disposición de la vivienda habitual en su artículo 1320 ofrece una solución normativa para el supuesto que regula), o su ámbito objetivo en términos más o menos amplios en cuanto al tipo de actos o contratos dispositivos afectados.

Ha de observarse que el consentimiento del donante no va dirigido a obtener un beneficio económico para sí, ni a la subrogación de un bien, ni la recuperación de los bienes donados. Ni siquiera puede considerarse que su ejercicio o no ejercicio conlleve un perjuicio en su esfera patrimonial, sino que estamos ante una facultad que se enmarca en el acto de gratuidad originario y en su misma causa, y amparado en la facultad de la libre configuración de la prohibición, conforme al principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), mediante su modulación o modificación parcial, dentro de los márgenes legales antes citados (causa lícita, temporalidad, etc.) – vid. Resolución de 16 de junio de 2015–.

Lo que se le ha impuesto al donatario con la exigencia del consentimiento de los donantes, o del que sobreviva, es una limitación a la facultad de disponer, natural en el derecho de propiedad. Pero, además de constituir una restricción de la facultad de disponer, supone el reconocimiento de un ámbito de poder en favor de quien ha de consentir el acto dispositivo, en el presente caso los donantes o quien sobreviva. En este sentido les atribuye una facultad de respeto, que puede ser exigido por quien ha de consentir, pudiendo destruir «erga omnes», es decir, frente a terceros adquirentes no protegidos por una adquisición «a non domino», la aparente eficacia jurídica que pudiera crear el acto dispositivo realizado sin su consentimiento (Resoluciones de 20 de diciembre de 1929, 25 de junio de 2015 y 2 de noviembre de 2018).

Y esta «facultad de respeto», o ámbito de poder reservado por los donantes, no puede ser obviada ni siquiera en aquellos casos en que la persona llamada a prestar su consentimiento esté afectada por alguna situación de discapacidad que le impida prestar dicho consentimiento por sí misma. Como afirmó la Resolución de este Centro Directivo



de 16 de junio de 2015 en un supuesto en que el recurrente alegaba la innecesariedad del consentimiento del donante por el hecho, acreditado ante el notario autorizante del acto dispositivo, de sufrir en grado severo una enfermedad que afectaba a su función cognitiva, «5. No corresponde ahora determinar -al no ser objeto directo del recurso- si el ejercicio de esta facultad, dada la discapacidad de la donante, exige la incapacitación de ésta por sentencia judicial; posterior designación de representante legal y además autorización judicial adicional, o si como parece más acorde con las actuales orientaciones en la defensa de los intereses patrimoniales de las Personas con Discapacidad (cfr. artículo 12.4 y.5 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de la que España es parte) debe buscarse en el ordenamiento jurídico -a falta de solución legal directa- soluciones que supongan la menor injerencia en la autonomía patrimonial de la discapaz, siempre, en Derecho común, bajo protección judicial. 6. Pero cualquiera que sea la solución por la que se opte, lo que no ofrece duda es que el notario no puede por sí mismo declarar extinguida la facultad reservada a favor de la hoy discapaz».

Y es que la no asimilación o subsunción de las prohibiciones de disponer en la categoría jurídica de los derechos reales, no implica que no tengan la consideración de carga registral, ni que sean por completo ajenas a las exigencia de los principios de prioridad (vid. Resolución de 2 de noviembre de 2018), de legitimación registral y de la necesidad de cumplir con la exigencia básica de la prestación del consentimiento requerido legalmente del titular registral de la citada «facultad de respeto» o ámbito de poder reservado por los donantes (vid. artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria).

4. Vista esta doctrina general, perfectamente asentada y establecida, el caso concreto objeto de este expediente no plantea problemas en cuanto a la identificación de la naturaleza voluntaria y gratuita del acto en el que se estableció la prohibición (donación), sino que la cuestión se centra en el alcance material de la prohibición impuesta en cuanto a los actos y contratos incluidos en su ámbito, al formularse en términos amplios y abiertos, pero no en términos absolutos y omnicomprensivos de todo acto de disposición, al venir referida dicha prohibición a los actos de «vender, ceder o por cualquier otro título transmitir la finca que se le dona, así como arrendar la misma, ni cederla a título precario».

Por tanto, en el presente caso, la duda surge porque si bien la prohibición de disponer no se extiende a todos los actos dispositivos (incluyendo los gravámenes de cualquier naturaleza), tampoco se limita a los actos de enajenación mediante la venta de la finca, sino que se extiende, además, a su cesión o transmisión «por cualquier otro título», incluso a su arrendamiento o cesión a título de precario.

Se plantea, por tanto, la cuestión de si se comprende en el ámbito objetivo de dicha prohibición la constitución de gravámenes hipotecarios, pues si, por un lado, la constitución de hipotecas no está mencionada «expressis verbis» en la transcrita cláusula prohibitiva, por otro, como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 2 de noviembre de 2018), de los preceptos que en nuestro Código Civil y en la legislación hipotecaria regulan la hipoteca (como sucede igualmente con la prenda), se desprende que su esencia trasciende a la mera atribución de preferencia al crédito garantizado, pues, aparece configurada con toda claridad como un derecho real en cuya virtud se sujeta «erga omnes» y de forma directa e inmediata un concreto bien (sea del propio deudor o de un tercero) a la garantía del pago de una deuda (cfr. artículos 1863 y siguientes del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), permitiendo al acreedor imponer su enajenación forzosa.

Duda que ha de resolverse en sentido afirmativo, conforme a la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 18 de enero de 1963, 9 de junio de 2012 y 17 de marzo de 2017) según resulta de los siguientes fundamentos jurídicos.

5. La constitución del derecho real de hipoteca implica un acto dispositivo (cfr. artículo 1857.3 del Código Civil) por el cual se transmite al acreedor garantizado un derecho de realización separada del bien afecto («ius vendendi»), cualquiera que sea el

poseedor, así como un derecho al cobro de su crédito -hasta el límite garantizado- con cargo al precio obtenido en esa realización. Como dice el artículo 1858 del Código Civil, «es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor». Y es doctrina reiterada de este Centro Directivo que esta facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del «ius vendendi» al acreedor no es un elemento añadido o circunstancial sino que integra el contenido esencial de su derecho (Resoluciones de fecha 13 de abril de 2012 y 26 de julio de 2018).

Se trata de un derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado y que, en consecuencia, no podrá ser ya menoscabado por la actuación posterior del constituyente, sea esta dispositiva o de endeudamiento (vid., por todas, la Resolución de 28 de junio de 2005). Por ello, una vez constituido el gravamen hipotecario el desenvolvimiento de sus efectos, en caso de impago de la deuda garantizada, escapa ya al ámbito de actuación tanto del constituyente de la hipoteca como del titular del ámbito de poder en que consiste la prohibición de disponer. Como resulta de la doctrina consolidada de este Centro Directivo, la eficacia limitativa de las prohibiciones de disponer, cualquiera que sea su origen (vid. Resolución de 31 de enero de 2013), ha de matizarse cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la voluntad del titular afectado, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de disponer o enajenar.

Esta inscribibilidad de las adjudicaciones forzosas, a pesar de la existencia de la prohibición de disponer, ha sido afirmada reiteradamente por este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos», con el precedente de la Resolución de 22 de febrero de 1989) al declarar que «la responsabilidad universal 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. En este sentido, hay que recordar que la subasta judicial en el ámbito de los procesos de ejecución pertenece al campo del Derecho procesal y no al del Derecho privado, toda vez que suele reputarse la subasta judicial como acto procesal de ejecución consistente en una declaración de voluntad del juez, transmitiendo coactivamente al rematante o adjudicatario, en virtud de su potestad jurisdiccional, determinados bienes afectos a la ejecución».

6. Las consideraciones anteriores son las que permiten entender el criterio sentado por la Resolución de esta Dirección General de 18 de enero de 1963 (posteriormente reiterado en las de 9 de junio de 2012 y 17 de marzo de 2017, como veremos), en un supuesto similar al del presente expediente en el que se planteaba la cuestión de si podía inscribirse en el Registro de la Propiedad una escritura de préstamo con garantía hipotecaria y que recaía sobre una finca que aparecía gravada con una prohibición de no venderla durante un plazo de diez años, impuesta en acto a título gratuito (en aquél caso en testamento), supuesto en el que la controversia planteada giraba igualmente sobre si la hipoteca constituida se encontraba dentro del ámbito de la citada prohibición.

Pues bien, la citada Resolución resolvió dicha controversia en sentido afirmativo razonando que «si bien dentro del concepto de venta no se comprende el de constitución de hipoteca, toda vez que, conforme declaró la Resolución de 18 de abril de 1952, en este último derecho, el «ius distrahendi» tiene lugar únicamente en el caso de que se incumpla la obligación asegurada, en previsión de esta posibilidad, acreedor y deudor habrán de convenir subordinar su ejercicio hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante, pues, de otra forma, se lograría por vía indirecta burlar la prohibición impuesta, al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante

el plazo señalado y quedaría desvirtuada la voluntad de la testadora por lo que, al no reunir el préstamo hipotecario concluido las anteriores condiciones, existe un obstáculo registral que impide su inscripción».

La misma solución aplicó más recientemente este Centro Directivo en su Resolución de 9 de junio de 2012, con expresa invocación de la anterior cuya doctrina declara expresamente vigente, en un supuesto en que se pretendía la inscripción de una escritura de hipoteca sobre tres fincas respecto de las que constan vigentes sendas anotaciones de prohibición de enajenación ordenadas en procedimiento judicial, con la particularidad de que en la propia escritura de constitución de la hipoteca, conforme a la doctrina de este Centro antes reseñada, convenían acreedor y deudor que, en caso de que no fuese satisfecha la deuda a su vencimiento, no podría ejecutarse la hipoteca mientras no quedasen resueltas las anotaciones de prohibición referidas. Explica la citada Resolución que, si bien la prohibición de enajenación (no prohibición de disponer con carácter general), debe interpretarse en el sentido de que sólo queda vedado el acceso al Registro de los actos traslativos del dominio de las fincas afectadas por las mismas, pero no de aquellos actos que, aun siendo dispositivos, no impliquen enajenación, como la constitución de derechos reales a favor de terceros, en el caso de las hipotecas en garantía de un préstamo, como ya había señalado la Resolución de 18 de enero de 1963, a través del impago del préstamo por parte del propietario de las fincas afectadas por la prohibición de enajenación podría forzarse la ejecución de la hipoteca y la consiguiente venta forzosa de los bienes, defraudando por esta vía la finalidad perseguida en el proceso y publicada legítimamente en el Registro. No obstante, esta eventualidad quedaba salvada suficientemente en el caso examinado por la citada Resolución de 9 de junio de 2012 a través del pacto expresamente convenido entre acreedor y deudor relativo a la «imposibilidad de proceder a la ejecución de la garantía en tanto no se resuelvan las prohibiciones vigentes, pacto que debe ser interpretado a modo de «conditio iuris» de su eficacia». Por tanto, nuevamente este Centro Directivo admitió, a efectos de acceder a la inscripción de la hipoteca, como alternativa a la prestación del consentimiento por parte del testador o donante a la propia constitución de la hipoteca, la estipulación en la escritura de hipoteca del pacto de demorar su eventual ejecución a un momento ya posterior a la resolución o extinción de la prohibición, alternativa que, recogiendo la reseñada doctrina, se incorpora igualmente a la calificación recurrida.

Finalmente, la misma solución se aplica «mutatis mutandis» por la reciente Resolución de 17 de marzo de 2017, en la que se discutía la posibilidad de constituir un derecho de opción de compra de aprovechamiento sobre una finca que estaba gravada por una prohibición de enajenación por los herederos durante un determinado plazo a partir del fallecimiento del causante. También en este caso la solución fue la de entender no admisible la inscripción de dicha opción (a pesar de considerar que ésta no entra en el concepto estricto de enajenación) hasta que la finca quede libre de la prohibición, argumentando que «ciertamente, si bien, dentro del concepto estricto de enajenación no se comprende el de constitución de un derecho de opción de compra, toda vez que en este último derecho, la enajenación tiene lugar únicamente en el caso de que la opción llegue a ejercitarse, más para que pueda resultar compatible con la prohibición, ambas partes habrán de pactar demorar su ejercicio hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante, pues de otra forma se burlaría la prohibición impuesta, al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo de limitación y quedaría frustrada la voluntad de la testadora, por lo que al no cumplir el título presentado tales condiciones, debe denegarse su inscripción por vulnerar la prohibición de disponer inscrita, constituyendo un defecto insubsanable (...)».

Siendo ésta la solución acogida por este Centro Directivo para los casos de constitución de hipoteca (y de opción de compra) cuando la prohibición de disponer se limita al acto de «vender» la finca durante un plazo determinado (condicionado a la previa obtención del consentimiento del constituyente de la prohibición), con no menor motivo debe aplicarse dicho criterio cuando la prohibición no se limita a la venta de la

finca, sino que se extiende a su cesión o transmisión «por cualquier otro título», incluso a la cesión de su uso por título de arrendamiento o mero precario.

7. A todo ello se suman otras circunstancias resultantes del expediente, como el hecho de que los propios donantes y el donatario hayan entendido igualmente necesario el consentimiento de aquellos con ocasión de la previa constitución de otros gravámenes hipotecarios anteriores sobre la misma finca (recogidas en el apartado de cargas y gravámenes de la escritura calificada y en la nota simple registral a la misma incorporada), en los que concurrieron en el otorgamiento de las respectivas escrituras públicas tanto el donatario hipotecante y el respectivo acreedor, como los donantes a los efectos de consentir la constitución de la hipoteca. Como señala la registradora en su nota de calificación «los propios interesados han considerado necesario el consentimiento de los donantes, como demuestra que, tanto en la primera de las hipotecas constituidas sobre la finca, como en su ampliación, y en la segunda hipoteca que se constituyó, comparecieran en todo caso los donantes para consentir la constitución de las mismas». Y como ha destacado este Centro Directivo reiteradamente, entre los principios generales hay que recordar el de la coherencia de la propia conducta, reiteradamente reconocido por la jurisprudencia, según el cual «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos» o doctrina de los actos propios, que si bien resulta insuficiente para vincular o perjudicar a terceros, sí tiene eficacia para vincular a la parte, conforme a la máxima jurídica de que la confesión o manifestación propia o de parte hace prueba «contra» su autor (vid. Resoluciones de 4 de junio de 2012, 19 de octubre de 2013, 15 y 28 de octubre de 2014 y 19 de noviembre de 2018); circunstancias y consideraciones que, sin resultar determinante por sí solas, sí vienen a coadyuvar y confirmar la conclusión anterior. Todo lo cual lleva a la confirmación de la calificación impugnada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 27 de febrero de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.