

Las prohibiciones de disponer voluntarias: Estudio de sus efectos ⁽¹⁾

SUMARIO: *Efectos generales*: Prohibiciones con eficacia obligacional; garantías, la condición resolutoria. Prohibiciones con eficacia real inscritas. Prohibiciones con eficacia obligacional indebidamente inscritas; la condicionalidad y las prohibiciones de disponer.—*Efectos especiales por razón de su objeto*: Prohibiciones sobre bienes anteriormente hipotecados o embargados. Derechos sobre los que pueden recaer. ¿Alcanza a los frutos de la finca afectada?—*Efectos especiales por razón de su concreto alcance deducido de la expresión utilizada al imponerlas*: Prohibición de dividir bienes: prohibición de cesar en la indivisión, de dividir materialmente bienes y de partir la herencia. Prohibición de vender. Prohibición de enajenar. Prohibición de gravar, ¿comprende la de enajenar? Prohibición de obligar bienes. Prohibición de realizar actos inscribibles. Prohibición de disponer; actos afectados: la extinción de comunidad; los derechos reales de adquisición preferente; el derecho de opción; la hipoteca; la anotación preventiva de embargo; las enajenaciones forzosas por causa de interés privado, acreedores con o sin derecho inscrito, acreedores del imponente de la prohibición o del titular gravado con ella, acreedores especiales; derechos de superficie y elevación.

EFFECTOS GENERALES

Para el estudio de tales efectos conviene distinguir entre los distintos tipos de prohibiciones:

A) PROHIBICIONES CON EFICACIA OBLIGACIONAL

Señala el artículo 27 de la Ley que «las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior (gratuitos) no tendrán acceso al Registro sin perjuicio

(1) Ampliaciones a una conferencia pronunciada en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Sevilla en el curso 1978-1979.

de que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento», y por su parte el artículo 57 del Reglamento especifica que «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».

Tales preceptos sientan una doctrina clara: las prohibiciones de disponer contenidas en acto oneroso no acceden al Registro, teniendo sólo efectos obligacionales, por lo que su violación sólo motivará el resarcimiento de daños y perjuicios, exigible en general por acción personal y extraordinariamente por vía de acción real, si el cumplimiento de la prohibición fue asegurado en la forma permitida. Esta doctrina no es aplicable a Navarra, cuya Compilación en su Ley 482 señala la inscribibilidad de estas prohibiciones de disponer por plazo máximo de cuatro años y siempre que medie convenio expreso.

Pero si este principio no ocasiona dudas, hay otros extremos que suscitan interrogantes de complicada solución.

a) ¿Cuál es la naturaleza y características de la hipoteca que puede constituirse en garantía del cumplimiento de la prohibición?

LA RICA y CAMY dejan bien sentado que no se garantiza el cumplimiento efectivo, dado que ello sólo podría lograrse por el cierre registral, lo que supondría el absurdo de que una norma llevase en sí misma la posibilidad de su violación; lo que se garantiza es el pago de los perjuicios que el incumplimiento ocasione. Como dice el segundo de los autores citados (*Comentarios...*, pág. 284, tomo V), la hipoteca se va a constituir como una de seguridad, debiendo expresarse una cuantía máxima.

Conviene insistir en que, según se deduce de lo dicho, el hecho motivador del ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria no va a ser la transmisión de la finca gravada, sino el impago de los correspondientes daños y perjuicios hasta la cuantía máxima fijada.

b) ¿Caben otro tipo de garantías, además de la hipotecaria?

CAMY (*op. citada*) sostiene, con base a la redacción del artículo 57 del Reglamento, que no cabe otra garantía como no sea la de la anticresis por su analogía con el derecho de hipoteca.

De otro lado, parece indudable la posibilidad de que el transmitente a título oneroso convenga con el adquirente, al que grava con prohibición, en constituir un derecho de tanteo en seguridad de tal prohibición. Pero nótese que ello no implica tal aseguramiento, y sí sólo el que el adquirente se vincula, con carácter real, a ofrecer con prioridad la enajenación futura a su transmitente; de forma que si éste no se interesa

en la adquisición, aquél queda libre de transmitirla a terceros, sin perjuicio de abonar la indemnización correspondiente por haber infringido la prohibición.

El fundamental problema se plantea en orden a si la condición resolutoria está incluida en las posibles garantías que el artículo 27 de la Ley previene genéricamente.

LA RICA (citado por CHICO ORTIZ: *Apuntes...*, tomo I, pág. 605) admite la condición resolutoria, en cuya virtud la venta realizada queda resuelta si el comprador enajena la finca; pero esta tesis entiendo que no puede ser compartida, y ello:

Uno. Porque supondría la utilización de la interpretación extensiva de una norma, con la única finalidad de dejarla sin efecto, lo que a todas luces es incorrecto.

Así lo entendieron las Resoluciones de 19 de julio y 10 de octubre de 1973, señalando la primera en el penúltimo de sus considerandos:

«Considerando que, en el supuesto concreto de este expediente, por la condición impuesta (pues no existía una prohibición expresa) el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca, ya que si lo hiciera quedaría resuelto el contrato (de compraventa) y sin ningún efecto el acto (de disposición) realizado, con lo que de modo indirecto se vulneraría el artículo 27 de la Ley Hipotecaria...»

Dos. Y porque la condición resolutoria cuyo evento consiste en la enajenación de la finca por el comprador no tendríamos más remedio que calificarla como puramente potestativa y, por aplicación del artículo 1.115 del Código Civil, implicaría la nulidad del acto. Dice el citado artículo que «cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor (lo que aquí ocurre) la obligación condicional será nula».

La condición resolutoria así configurada no cabe, pues, admitirla, pero es más dudoso el extremo de si procede la inscripción de aquella condición resolutoria en la que el hecho condicional consiste, no en la enajenación de la finca por el comprador, sino en el impago de los daños y perjuicios derivados de la realización de la transmisión prohibida. En otras palabras: ¿puede garantizarse con condición resolutoria el pago de los daños y perjuicios que se ocasionen por el incumplimiento de la prohibición?

Tal condición la estimo perfectamente inscribible y, por ende, eficaz frente a terceros, con base:

— a la analogía con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, que permite la constancia registral de la condi-

La Resolución de 23 de marzo de 1926 señaló que el acto contrario a la prohibición (en este caso, una transmisión) no cabía realizarlo ni aun con la concurrencia de las personas a quienes aquélla pueda beneficiar de un modo indirecto o reflejo. No obstante, creo que si el imponente ha designado de forma inequívoca la persona a quien desea beneficiar, y los motivos de tal beneficio, ya sí habría que entender como suficiente para permitir el acto el consentimiento dado por ella.

C) PROHIBICIONES CON EFICACIA OBLIGACIONAL INDEBIDAMENTE INSCRITAS

Para tal caso, dos preceptos hipotecarios parecen estar abiertamente encontrados: el artículo 1.º de la Ley, que en su párrafo tercero pone a los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales; y el artículo 98 de la misma (y su complementario art. 355 del Reglamento), que señala que los derechos personales indebidamente inscritos no tienen la condición de gravámenes y serán cancelados a instancia de parte.

Pero no hay tal enfrentamiento, pues desde el momento en que el artículo 1.º ciñe su prevención de salvaguardia sólo «en cuanto se refieran a los derechos inscribibles», para nada se opondrá a la actuación del artículo 98 en su finalidad de limpiar el Registro de aquellos contenidos que le son ajenos.

Con tal base ha podido la DGRN declarar:

- en su Resolución de 26 de julio de 1928, que pese a estar inscrita una hipoteca con prohibición de arrendar podía ser inscrito el arrendamiento posterior; y
- en su Resolución de 27 de septiembre de 1929, que no obstante constar inscrita una hipoteca con prohibición de enajenar y gravar los bienes debía de darse acceso al Registro a la ulterior escritura de venta.

Aunque pudiera discutirse la aplicabilidad actual de dichas resoluciones, anteriores a la última reforma hipotecaria (y quizá por ello el segundo de los fallos citados ordena que la venta ulterior sea inscrita «con los gravámenes indicados», es decir, arrastrándose las limitaciones), hoy, el claro apartado tercero del artículo 107 de la Ley, al permitir la hipoteca de bienes anteriormente hipotecados con el pacto (indebidamente inscrito) de no volverlos a hipotecar, permite dar clara solución al problema general planteado.

Por fortuna sucede, además, que un reciente fallo de la DGRN viene definitivamente a clarificar y confirmar todo lo dicho.

En contrato oneroso (compraventa) comprador y vendedor convinieron que el primero se obligaba a no enajenar a terceras personas el terreno comprado, mientras no realizase en él ciertas obras a cuya construcción se comprometía. Se inscribió el contrato y, con ocasión de presentarse al Registro un acta de notoriedad en pretensión de que se hiciese constar el cumplimiento de la condición impuesta, el Centro directivo, en su Resolución de 18 de enero de 1979, apartándose de las tesis de los recurrentes que calificaban el pacto como de auténtica condición, destaca (último considerando) que el debatido convenio contiene una prohibición de disponer constituida en acto oneroso, que no debió ser inscrita, y que habiéndolo sido indebidamente debía ser cancelada, tal y como ordena el artículo 98 de la Ley.

D) LA CONDICIONALIDAD Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Queda una última cuestión, y es la de si cabe la condicionalidad en las prohibiciones de disponer.

En pura técnica jurídica, su solución ha de ser la negativa: no cabe constituir prohibiciones de disponer con el carácter condicional. La condicionalidad es factible en toda clase de derechos, pero como quiera que las prohibiciones no pueden ser configuradas como auténticos derechos, ha de considerarse lógicamente deducible de ello la imposibilidad de establecer prohibiciones sujetas a condición.

Pero del dogma y la teoría conviene descender a la práctica para comprobar su exactitud. Veamos dos casos particulares de cláusulas prohibitivas que pudieran parecer condicionales:

1. «Prohíbo a don que disponga de las fincas legadas hasta tanto se case, tenga hijos legítimos y éstos hayan cumplido la edad de N años» (tal fue el caso de la sentencia de 29 de octubre de 1968 y de la Resolución de 1 de septiembre de 1976).

En principio, la apariencia es la de una prohibición de disponer sujeta a condición resolutoria, pero no hay tal. En efecto, es propio de los derechos sujetos a condición resolutoria el que su enajenación es válida atendida siempre a la condición. Sobre la imposibilidad de enajenación y, en general, de negociación de las propias prohibiciones no voy a entrar, pues me parece bizantino, dado que en ellas ni existe un derecho ni titular, por tanto, que las detente. Tendríamos que acudir a la posible enajenación de los bienes gravados para atisbar alguna posibilidad, pero obsérvese que entonces ya hemos descentrado el tema y, además, que al estar produciendo efectos de momento la prohibición no cabe plantearse tal posibilidad de enajenación.

Lo que entonces hay en estas prohibiciones aparentemente condicionadas son simples «previsiones que el imponente realiza sobre un hecho futuro e incierto al cual atribuye la virtud de hacer cesar los efectos de la prohibición establecida». En el caso que vengo examinando el límite temporal de las prohibiciones nunca desaparecerá. Y será el de la vida del propio gravado (o el plazo específico señalado, si lo hubiere), por lo que, fallecido éste (o llegado el plazo), la prohibición por fuerza ha de desaparecer. Ocurre, pues, que el imponente ha querido que si aun antes de expirar el normal plazo prohibitivo se dan determinadas circunstancias quede sin efecto la prohibición.

2. La cláusula prohibitiva podría también ser redactada del siguiente modo: «Lego la finca N a don, pero con la obligación, desde el momento en que se case, de no enajenarla»; o de este otro: «Lego la finca N a don, y si se casa y tiene hijos no podrá enajenarla sino en favor de ellos.»

A primera vista parece tratarse de una prohibición sujeta a condición suspensiva, pero tampoco hay tal. A los razonamientos antes apuntados, y que por ello no reitero, cabe añadir que en tal caso no es que haya una situación de prohibición latente, sino que no existe la prohibición hasta tanto no se den las circunstancias previstas por el ordenante de ella; de tal modo que mientras que el gravado acredite estar soltero o, en el segundo caso, no tener hijos, podrá libremente enajenar los bienes, posibilidad que es insólita en los derechos sujetos a condición suspensiva.

Pero hay más; con la apuntada posibilidad de enajenación libre desconocemos una de las características más típicas del hecho condicional: su retroactividad. En las prohibiciones que examino, para que un efecto similar pudiera predicarse, sería preciso que el imponente hubiese previsto que los actos realizados con anterioridad a tal matrimonio, o al evento de que se trate, queden nulos. Pero entonces no es que a la prohibición se le haya otorgado el efecto retroactivo propio de las condiciones, sino que ha surgido una nueva figura, coexistiendo dos instituciones distintas: la prohibición de disponer que opera «desde» la realización del evento y la condición resolutoria a que quedan sujetos los actos anteriores a tal evento; dos figuras, por tanto, absolutamente independientes y que no tienen relación institucional alguna.

EFECTOS ESPECIALES POR RAZON DEL OBJETO

A) ¿Pueden las prohibiciones de disponer recaer sobre *bienes anteriormente hipotecados o embargados*?

Aunque CAMY (obra citada, vol. V, pág. 281) se muestra contrario a que sobre tales bienes pueda imponerse una prohibición total, admitiendo la que se prevenga para enajenaciones distintas a aquellas que puedan derivarse de los referidos asientos de hipoteca o embargo, y pareciendo, por tanto, exigir el que la prohibición contenga expresamente tal prevención; mi criterio es que tal previsión no es necesaria, como tampoco se exige al constituir una hipoteca el que se especifique cuál sea su grado registral, ni el que al venderse una finca consten expresamente en el documento las cargas que pesen sobre ella y estén vigentes según el Registro.

Cabrá, pues, el que sobre bienes hipotecados o embargados se imponga una prohibición de disponer de carácter absoluto, aunque, claro está, dicha prohibición no puede perjudicar en ningún caso los derechos anteriormente inscritos, ni obstará para la inscripción de las enajenaciones que de aquellos asientos se deriven (enajenaciones que pueden no llegar a producirse nunca). Más tarde, al tratar del embargo y de las enajenaciones judiciales, tendré ocasión de desarrollar más ampliamente estas ideas, ahora tan sólo brevemente apuntadas.

B) ¿Las prohibiciones de disponer han de afectar al derecho de dominio o, por el contrario, *pueden recaer sobre cualquier derecho*?

Esta posibilidad me parece indudable: la prohibición podrá recaer sobre un derecho de usufructo, hipoteca o cualquier otro derecho real inscribible y transmisible (en cuanto a nosotros interesa).

La eventualidad de que el derecho de hipoteca pueda quedar afectado por una prohibición (donación por el acreedor de su derecho de hipoteca, prohibiendo la transmisión del mismo) no impide, desde luego, el ejercicio de ninguna de las acciones que se deriven de la hipoteca (acción de devastación, ejecutiva, etc.), pero plantea la duda de si será posible la cancelación antes de concluido el plazo de efectos de la prohibición. Sobre este punto entiendo que:

1. Si la cancelación se realiza por pago del crédito, bien sea en su plazo o por pago anticipado, pero previsto en la escritura de constitución de la hipoteca, podrá, desde luego, procederse a tal cancelación, pues nada debe obstaculizar al principio de que el deudor puede liberarse pagando.

2. Siendo por pago anticipado, pero no previsto, tampoco habría de

formularse una calificación excesivamente rigurosa, dado que no hay que olvidar que los plazos en las obligaciones se entienden establecidos en beneficio de ambas partes contratantes (art. 1.127 CC).

3. Por último, si la cancelación tiene su causa en cualquier otro motivo dependiente de la exclusiva voluntad del acreedor, como la renuncia, aunque podrían ponerse, en principio, ciertos reparos a tal proceder, no podría por menos que ser admitido, porque la renuncia no significa enajenación y sólo produce la extinción del derecho que no provoca su traspaso a nadie. Pero tal criterio no puede ofrecerse como irrefutable, pues por aplicación analógica de la corriente doctrinal y jurisprudencial, que a propósito de la cancelación de hipotecas que garanticen créditos gananciales ha defendido que el marido sin el correspondiente consentimiento uxorio sólo puede realizarla si es por pago (art. 178 RH), se viene a proporcionar justificación adecuada a la defensa de la tesis contraria.

C) La prohibición de disponer recayente sobre unos bienes, *¿alcanza a los frutos* que produzcan éstos y a los actos que sobre ellos se realicen?

Por la escasa trascendencia registral de este problema sólo quiero dejar esbozado:

1. Que si lo que se constituye es un gravamen que, afectando aparentemente a los frutos, alcanza indudablemente a la finca misma, como sería un usufructo o una anticresis, como la prohibición sea de gravar o comprenda los actos de gravamen, no cabrá desde luego admitir tales actuaciones.

2. Que si lo que se pretende es un embargo sobre los frutos, la cuestión tampoco ofrecerá duda, pues tal embargo no podrá ser anotado. La Resolución de 30 de enero de 1931 lo entendió así al señalar que los frutos y rentas no pueden quedar embargados si no es con el derecho de usufructo o el dominio de la finca misma, y aun así con las limitaciones de los artículos 110 y siguientes de la Ley.

3. Y, por último, respecto al problema de si cabe sobre los frutos constituir una prenda sin desplazamiento (refiriéndose a los pendientes); por aplicación del artículo 55 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16 de diciembre de 1954, que considera no pignorables los frutos que «por pacto» hubiesen sido hipotecados con arreglo al artículo 111 de la Ley Hipotecaria, habrá que entender que, estando la finca afecta a una prohibición de disponer, como ésta no alcance a los frutos expresamente podrá desde luego inscribirse la prenda sin

desplazamiento constituida sobre los mismos de conformidad con los artículos 52 y siguientes de la mencionada Ley especial.

EFFECTOS ESPECIALES DE LAS PROHIBICIONES POR RAZON DE SU CONCRETO ALCANCE DEDUCIDO DE LA EXPRESION UTILIZADA AL IMPONERLAS

Sólo el detenido examen de los términos en que esté redactada la cláusula prohibitiva nos permitirá conocer si ésta afecta sólo a algún acto determinado o a cierto tipo o categoría de actos. Las prohibiciones tendrán, pues, como alcance concreto el que se deduzca de las expresiones utilizadas al imponerlas, y ello motiva la necesidad de estudio de los diferentes tipos de prohibiciones que, en tal sentido, se nos puede ofrecer, pasando a continuación a realizarlo respecto a aquellas que, a mi juicio, tienen una mayor importancia.

A) PROHIBICIÓN DE DIVIDIR BIENES

Cuando el testador o donante haya impuesto sólo la prohibición de «dividir los bienes» transmitidos, tal prohibición sólo alcanzará a los actos de división, quedando fuera de la misma todos los demás actos, incluso los de enajenación.

Pese a que a la posición que postulo podría argüirse que incide en el absurdo de no permitir lo menos a quien se le permite lo más, el hecho no es en modo alguno insólito, bastando recordar:

- Que el propietario de fincas rústicas o urbanas, que en cuanto a su división se encuentra ciertamente con limitaciones (respeto a las unidades mínimas de cultivo y a las de edificación, obtención de licencias municipales, etc.), no sufre para su enajenación tales cortapisas.
- Que el apoderado expresamente para vender no puede, según señala la jurisprudencia, abordar actos de segregación y división como tales actos no sean antecedente inmediato de la venta concertada.
- Que esta tesis es, por otra parte, la más acorde con la interpretación restrictiva que ha de presidir la aplicación de las prohibiciones, y que impide que puedan ser aplicadas a casos no previstos.

Presupuesta esta posibilidad de enajenación, la consecuencia lógica de su realización va a ser la extinción de la propia prohibición de dividir. No puede pretenderse que el testador o donante alcancen a vincular a las terceras personas que accedan al dominio de los bienes afectos.

Pese a esta circunstancia, no puede decirse que la prohibición carezca de efectos frente a terceros y su inscripción deba rechazarse dado su mero alcance obligacional. En primer lugar, porque ello supondría una arbitraria restricción del contenido del artículo 26 de la Ley, que permite el acceso al Registro de las prohibiciones que se constituyan en el marco de los actos que el precepto señala, sin exigir para nada su previo carácter real (aunque es lo cierto que el citado artículo habla de prohibición de enajenar o disponer solamente); y, en segundo término, porque no puede hablarse de una carencia total de efectos frente a terceros; así, toda persona que entre en contacto de forma limitada con el bien afecto (usufructuario, acreedor hipotecario, etc.), quedará obligado a respetar la prohibición.

Sucede, además, que los adquirentes de porciones materiales de la finca gravada quedarán igualmente afectados. En efecto, la división y venta realizada por los herederos o donatarios habrá de ser rechazada en cuanto a la primera actuación, por quedar ésta incluida de lleno en los actos prohibidos.

El que los adquirentes plenos de los bienes sobre los que recae la prohibición de dividir no queden sujetos a ella no implica que la prohibición no produzca efectos frente a terceros; significa que ésta, en el referido momento, ha quedado totalmente extinguida y no produce ya efectos frente a nadie. No es que el adquirente pueda ignorar una prohibición que aún existe; es que esta existencia ya no puede predicarse.

Sentado esto, conviene ahora clarificar, en la medida de lo posible, la distinción entre tres tipos de prohibiciones cuya separación no resulta formulada ni por la jurisprudencia ni por la doctrina de forma precisa; me refiero a la prohibición de dividir bienes, la de cesar en la comunidad y la de partir la herencia.

Tal distinción aparece como posible y aun necesaria, desde el momento en que no se discute que la división material de bienes, la extinción de comunidad y la partición de herencia constituyen tres actos absolutamente diferentes y perfectamente separables. Ninguno de estos negocios conlleva necesariamente los otros, aunque sea cierto que en la práctica se presentan juntos en la mayor parte de los casos y, a menudo, lastimosamente confundidos. Siendo, pues, distintos los actos afectados, no ha de caber entonces duda de que estamos en presencia de prohibiciones diferentes, cuyos rasgos, así como el alcance que específicamente caracterizan a cada una, seguidamente paso a examinar.

1. *Prohibición de cesar en la proindivisión o extinguir la comunidad*

Obedece a razones morales (deseo del padre de que los hijos actúen juntos) o morales-económicas (explotación de un negocio que difícilmente podría ser abordado por una sola persona).

Todas estas razones caen por su base cuando la convivencia entre los comuneros se hace difícil o imposible; por eso tal prohibición tiene señalado un límite temporal de vigencia: el de diez años fijado por el párrafo segundo del artículo 400 del Código Civil, que aunque referido sólo a la prohibición procedente del «pacto» entre comuneros, MANRESA estima aplicable a la impuesta por el testador o donante.

La prohibición de cesar en la indivisión no comporta necesariamente las otras dos, pues, pese a ella, habrán de ser admitidas:

- La división material de fincas, siempre que en las nuevas resultantes se continúe la proindivisión anterior.
- La partición hereditaria, siempre que los herederos se adjudiquen en proindiviso todos y cada uno de los bienes afectos que integran el acervo hereditario; claro está que entonces puede decirse que no ha existido actividad particional y sí sólo liquidatoria, pero ello no obsta para que formalmente, en el caso de referencia, pueda considerarse, y así se hace sin excepciones en la práctica, que existe una auténtica partición.

2. *Prohibición de dividir bienes*

Obedece a razones morales (afección sentimental a determinados bienes considerados como un todo) o económicas (las divisiones materiales mal o inoportunamente practicadas pueden suponer un decrecimiento del valor de los bienes).

Pero estas razones no tienen, como en el caso de la prohibición anterior, una justificada causa que deba hacerlas cesar, y por ello no sufren el recorte de un específico límite temporal para su vigencia, si no es el general de toda prohibición de no poder ser perpetua.

No existe precepto especial que se ocupe de ella, y sólo por la aplicación del general artículo 1.255 del Código Civil (principio de libertad de pacto) y por la interpretación extensiva de las normas hipotecarias que regulan las prohibiciones de disponer puede considerarse consagrada su validez.

No puede esta prohibición ser confundida con las otras dos, pues, prohibida la división material de bienes, nada se opone a que, estando

la finca en proindivisión, puedan los comuneros cesar en la comunidad, acudiendo a los medios que ofrece el artículo 404, que podrá ser analógicamente aplicado (adjudicación a uno indemnizando a los demás o venta de la cosa con reparto del precio), ni a que los herederos procedan a la partición siempre que se abstengan de dividir materialmente los bienes afectos a la prohibición.

3. *Prohibición de partir la herencia*

No se encuentra en principio una razón lógica que sirva de fundamento a esta prohibición. En el derecho antiguo tenía la finalidad de crear una situación interina en espera de que los herederos menores alcanzasen la mayor edad, y no hay obstáculo a que tal finalidad pueda ser mantenida en los tiempos actuales (así, si el testador no quisiera que, por existir menores, en la partición de la herencia interviniesen personas ajenas a sus propios herederos: tutores, defensores judiciales, etc...). No obstante, cualquiera que sea la finalidad que se le atribuya, su validez ha sido claramente señalada por el artículo 1.051 del Código Civil.

Sobre si esta prohibición está o no sujeta a un plazo máximo, la doctrina no formula una tesis acorde; así:

- ROCA la admite por tiempo indefinido (íd. MANRESA, CASTÁN y CÁMARA).

- LACRUZ y SANCHO REBULLIDA consideran aplicable el plazo máximo de diez años del artículo 400 del Código. Advierten estos autores la inoperancia de esta prohibición, puesto que el citado artículo 1.051, en su párrafo segundo, permite, no obstante, la división «mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad», y una de ellas es la voluntad de cualquiera de los socios (art. 1.700, 4.ª, CC).

- PUIG BRUTAU, por su parte, entiende que tal causa (voluntad de cualquier socio) será sólo aplicable en aquellos casos en que la prohibición se impuso por tiempo indefinido, pero que si el plazo fue señalado específicamente (nunca superior a diez años) la facultad de pedir la división por uno de los asociados queda limitada por lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707 del Código, que exigen en tal supuesto (sociedades constituidas por tiempo determinado) el justo motivo que fundamente la disolución.

La prohibición que examinamos tampoco puede ser confundida con las otras dos.

En efecto, si bien es cierto que habiendo prohibido el testador la división de su herencia los herederos, siendo varios, no pueden proceder a cesar en la comunidad de bienes, ello no es por efecto de la indicada prohibición, sino porque tal actuación resulta conceptualmente imposible.

Si la posibilidad de cesar en la comunidad de una cosa exige la existencia de tal situación comunitaria, mal puede hablarse de prohibición de cesar en la proindivisión cuando tal proindivisión no existe constituida sobre ningún bien determinado, como es el caso. Si la prohibición de dividir la herencia lleva consigo la imposibilidad por parte de los herederos de cesar en la comunidad, ello lo es única y exclusivamente porque tal comunidad de bienes no existe; habrá, eso sí, una comunidad hereditaria, que no admite, desde luego, parangón con la comunidad ordinaria de bienes, pues, aparte de su distinta naturaleza (la una germánica o en mano común y la otra romana o por cuotas), la primera no recae sobre bienes específicos, sino sobre un patrimonio diferenciado, que es la herencia, del que pueden formar parte no sólo bienes y derechos, sino incluso obligaciones.

Tampoco aparece claro que esta especial prohibición alcance a la de dividir bienes. En principio, para tal actuación encontraríamos un obstáculo registral: la falta de tracto. Si los herederos no tienen inscritos los bienes la división material de éstos no puede acceder al Registro. Pero este obstáculo puede ser salvado a través de la anotación del derecho hereditario (actuación que no se ve impedida por existir una prohibición de dividir la herencia). Practicada tal anotación, el párrafo primero del artículo 209 del Reglamento permite que la finca o derecho real anotado sean transmitidos conjuntamente por todos los herederos y, aceptada tal actuación, la admisión de divisiones materiales ofrecerá menos dudas, sobre todo cuando se produzcan como antecedentes necesarios a una transmisión.

Señalar, por último, que ninguna de las tres prohibiciones que se acaban de examinar obstan para que los respectivos derechos del comunero puedan ser transmitidos a un tercero: el comunero respecto de su cuota y el heredero respecto de su derecho hereditario anotado (así lo entienden CHICO y ORTIZ: *Apuntes...*, pág. 583). Todo ello sin perjuicio del correspondiente derecho de retracto que asiste a comuneros o coherederos. Esta posibilidad ocasiona una singular excepción a la prohibición de cesar en la comunidad, pues si todos los comuneros transmiten a uno de ellos sus respectivas cuotas, viniendo éste a reunir las todas, automáticamente, y por su esencia, cesa la situación comunitaria.

B) PROHIBICIÓN DE VENDER

Impedirá sólo la venta de los bienes afectos o la constitución de aquellos derechos que, como la opción o hipoteca, supongan en el futuro su posible venta dentro del plazo de vigencia de la prohibición. Los demás

derechos reales que no impliquen esa realización de bienes habrán desde luego de admitirse.

Lo que no está claro es si las demás enajenaciones onerosas o gratuitas distintas a la venta (permutas, donaciones, etc.), dado el criterio restrictivo que ha de presidir la interpretación de las prohibiciones, deben o no ser igualmente aceptadas.

C) PROHIBICIÓN DE ENAJENAR

Para el Tribunal Supremo es enajenación toda transmisión intervivos.

La prohibición de enajenar impedirá sólo este tipo de transmisiones, entre las que cabe citar la venta, permuta, donación, adjudicación en pago y para pago, aportación a sociedad; como igualmente todos aquellos derechos reales que puedan implicar tales transmisiones dentro del plazo prohibitivo.

D) PROHIBICIÓN DE GRAVAR

En sentido vulgar, es gravamen toda carga u obligación que pesa sobre alguno de ejecutar o consentir una cosa o carga impuesta sobre un inmueble o un caudal. En cualquier diccionario de la lengua encontraremos esta acepción, que traigo a colación porque es la que comúnmente manejará el imponente, de ordinario ajeno al mundo técnico del Derecho; e insisto, según se desprende de lo dicho, que en su concepción vulgar carga y gravamen no pueden ser separados.

En sentido jurídico suele ser definido el gravamen como aquel derecho real limitativo afectante a una finca; y, aunque no es general, no falta quien defienda la neta separación entre las cargas (derechos reales que implican realización de valor) y gravámenes (demás derechos reales limitativos), admitiéndose incluso la categoría de gravámenes o cargas personales (pactos de retro, acciones rescisorias, anotaciones de demanda, etcétera).

A lo largo de nuestra legislación no encontramos una noción técnica acerca de qué haya de entenderse por gravámenes, ni una distinción clara entre éstos y las cargas. El Código Civil, sólo a propósito del concepto de las servidumbres prediales, alude en su artículo 530 a la idea de gravamen. La Ley Hipotecaria, en su artículo 131 (procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria), habla de «censos, hipotecas, gravámenes, derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes»; en su artículo 209, a propósito del expediente de liberación de gravámenes y

cargas, incluye como tales a las «hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena...»; y en su artículo 235 habla genéricamente de «certificación de gravámenes». Tampoco el Reglamento es preciso; así, en su artículo 32, 5.º (expropiación forzosa), alude a «cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase»; y en su artículo 354 se refiere a la «certificación de cargas y afecciones».

No obstante esta imprecisión legal, ha de entenderse que cuando lo que se prohíba sea «gravar» se impedirá con ello la constitución de cualquier derecho real limitativo, aunque el que se pretenda constituir no merezca estrictamente la calificación técnica de gravamen (aplicable por excelencia a las servidumbres prediales).

¿La prohibición de gravar *comprende la de enajenar*? Sobre este punto pugnan dos principios: el de la interpretación restrictiva aplicable a las prohibiciones y el axioma de que el que puede lo más puede lo menos, sobre el que ya he realizado algunas precisiones, y que en su versión negativa implicaría que el que tiene prohibido lo menos ha de tener prohibido lo más. Si por aplicación del primer principio la prohibición de gravar no alcanza a la de enajenar, por aplicación del segundo tal extensión aparece como indudable. Esta última es, a mi juicio, la posición correcta, pues de no ser así abocaríamos en el absurdo de permitirse la venta de los bienes afectos y quedar prohibida la constitución de un derecho de opción, por ejemplo, que, aunque su único contenido y objeto es la futura venta de los bienes, por implicar un acto que los grava debería ser rechazado.

De todas formas será harto extraño que la prohibición de gravar se presente de forma aislada e independiente, siendo lo normal que se superponga a otra de enajenar.

E) PROHIBICIÓN DE OBLIGAR BIENES

Su carácter amplio entiendo que autoriza a considerar prohibido todo acto que disminuya o pueda en el futuro disminuir la entidad económica de los bienes afectados.

Los arrendamientos ordinarios sujetos al Código Civil que, al tratarse de una prohibición de enajenar o gravar, creo que deben ser permitidos, ante una prohibición de obligar no podrían por menos que ser rechazados.

F) PROHIBICIÓN DE REALIZAR ACTOS INSCRIBIBLES

Si en sistemas hipotecarios de inscripción constitutiva la distinción entre actos inscribibles y no inscribibles no es procedente o tiene un muy escaso valor (sólo cabe separar los actos no inscribibles de los inscritos, dado que los inscribibles no inscritos carecen de efectos), en sistemas de inscripción declarativa, como el nuestro, la diferenciación eficaz es plenamente factible.

Por actos inscribibles hemos de entender todos aquellos que por esencia pueden ser inscritos en el Registro, aunque por causa de cualquier obstáculo no puedan de momento acceder a él.

Nuestra legislación no es totalmente ajena a esta categoría de actos, bastando recordar que el Código Civil, a propósito del tutor, señala en el número 5 de su artículo 269 la necesidad de que aquél cuente con la autorización del consejo de familia para realizar «contratos o actos sujetos a inscripción».

La prohibición de realizar actos inscribibles resolvería muchas de las dudas interpretativas que se suscitan acerca del alcance de las prohibiciones, en las que con frecuencia, y en el deseo de ampliarlas al máximo, se realiza una farragosa enumeración de actos prohibidos. Si el imponente lo que quiere es cerrar eficazmente el Registro, no hay fórmula más adecuada para lograrlo que la de prohibir la realización de actos inscribibles.

Podría ponerse en tela de juicio la validez de esta prohibición por estimar que va contra el principio de orden público, dada su analogía con la prohibición o pacto de no inscribir. Entiendo que no es así, pues si la prohibición de inscribir (que no impide, no obstante, la válida realización del acto cuya inscripción se prohíbe) es desde luego contraria al orden público, la de realizar actos inscribibles no supone prohibir la inscripción de un acto realizado, sino la propia realización del acto mismo. Tal prohibición no atentará, pues, contra el principio de orden público, al no crear discordancia alguna entre el Registro y la realidad extrarregistral.

G) PROHIBICIÓN DE DISPONER

Una muy desarrollada doctrina ha consagrado gran parte de sus esfuerzos al estudio de lo que haya de entenderse por actos de disposición. Sus conclusiones pueden encontrarse en cualquier manual de Derecho civil, por lo que sería prolijo reiterarlas aquí a través de una simple transcripción. Lo que no puede ofrecer duda, y conviene señalar, es que den-

tro del concepto de acto de disposición habrán de incluirse tanto los actos de transmisión como los de gravamen.

Con las bases proporcionadas por el examen particularizado de los distintos tipos de prohibiciones podemos ya encararnos con el estudio de ciertos actos cuya inscripción, al estarlo previamente una prohibición de disponer, puede plantear problemas.

Entre tales actos he creído conveniente, por sus mayores dudas, examinar los siguientes:

- La extinción de comunidad.
- Los derechos reales de preferente adquisición.
- El derecho de opción.
- El derecho real de hipoteca.
- Las anotaciones preventivas de embargo.
- Las enajenaciones forzosas; y
- Los derechos de superficie y a elevar nuevas plantas (sobreedificación).

LA EXTINCIÓN DE COMUNIDAD Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Anteriormente ya he dejado examinado cómo afectan las prohibiciones de dividir bienes o de partir la herencia al acto de extinción de comunidad, y ahora conviene hacer lo propio respecto de las prohibiciones de disponer o las de enajenar y gravar.

Constando en el Registro una prohibición de disponer, entiendo que la simple división material de la finca gravada sería un acto no impedido por la prohibición, por no poder ser englobado en la categoría de actos de transmisión o de gravamen; pero ¿qué ocurrirá si se tratase de una extinción de comunidad?

En el supuesto contemplado en la Resolución de 5 de octubre de 1921, en el que trece fincas estaban poseídas proindiviso por dos personas, una de las cuales adquirió libre su participación y la otra la adquirió gravada con prohibición de enajenar, la DGRN consideró no admisible la extinción de comunidad practicada por los dos interesados, con base al artículo 1.052 del Código Civil (aplicable por la remisión del artículo 406), que exige que el coheredero tenga la libre disposición de sus bienes para que pueda practicarse («pedirse», dice el artículo) la participación.

La doctrina que sienta esta resolución puede considerarse, en principio, formalmente lógica, pero su fundamentación entiendo que es equivocada.

1. El precepto permite que sea pedida la partición por todo coheredero que tenga «la libre administración y disposición de sus bienes», y es indudable que con ello se refiere a una cualidad subjetiva del mismo (incapacidades; condiciones que afecten a la institución de heredero, como se desprende del art. 1.054; situación matrimonial, como resultaba del antiguo art. 1.053, etc.) y nunca a su cualidad objetiva para disponer de bienes determinados (prohibiciones de disponer, bienes inalienables, etcétera).

En efecto, el artículo 1.052 habla de la «libre disposición de sus bienes», con lo que, interpretado en sentido objetivo, el heredero cuyos únicos bienes propios estuvieren afectos a una prohibición de disponer carecería de la facultad de pedir la partición. Tal interpretación no puede ser sostenida, pues supone una antinatural comunicación de las limitaciones que pesan sobre unos bienes a otros procedentes de diversa naturaleza.

2. La resolución citada olvida que el Código Civil distingue entre la capacidad para pedir la partición, para la que el artículo 1.052 exige, como hemos visto, la libre administración y disposición de sus bienes, y la capacidad para practicarla, para la que el artículo aplicable es el 1.058 (mayoría de edad y libre administración); de tal forma que los emancipados, aun no teniendo la libre disposición de sus bienes, pueden practicar la partición sin el concurso de las personas que han de completar su capacidad, siempre que limiten su actuación a actos puramente particionales, precisando sólo de aquel complemento de capacidad cuando convinieren en un acto de enajenación o cualquier otro para el que tal complemento sea expresamente exigido por la ley.

Así pues, si no cabe la alegación de estos argumentos para sostener el rechazo del acto de extinción de comunidad, habrá que acudir a la vía directa de los efectos de la prohibición de disponer; y así encauzado, el problema es el de si un acto de extinción de comunidad supone violación a la prohibición de disponer impuesta. La posibilidad de violación no ofrece duda (a través de valoraciones ficticias de los bienes o lotes), pero hemos de funcionar sobre la certeza. Evitando entonces las vías indirectas, el interrogante se habrá de formular en el siguiente modo: ¿es la extinción de comunidad un acto de disposición?

Es muy frecuente el que, para buscar respuesta a tal pregunta, se acuda, por la remisión del artículo 406 del Código Civil, al problema de la naturaleza de la partición de herencia (para unos, negocio traslativo; para los más, simplemente atributivo o especificativo), pues la solución que se dé a este último problema será, se dice, perfectamente aplicable al otro. A mi juicio, tal formulación no es acertada, porque la extinción de comunidad y la partición hereditaria son actos perfectamente diferen-

ciables y, por tanto, no puede atribuírseles *a priori* una naturaleza idéntica, aunque tengan en común algunas reglas formales que determinan su forma de realización, como se deduce de las remisiones del Código.

La partición de herencia tiene como antecedente necesario un título traslativo fundamental al que complementa (el testamento o el auto de declaración de herederos *ab intestato*), y esto es totalmente extraño a la extinción de comunidad, que carece de aquel antecedente y constituye, o puede constituir, un negocio con sustancialidad por sí mismo.

La distinción entre uno y otro acto se manifiesta clara si observamos el caso de un testamento en el que se instituyen herederos por partes iguales a tres personas, las cuales formalizan la partición adjudicándose por terceras partes indivisas todos y cada uno de los bienes hereditarios. Posteriormente, dichas personas deciden cesar en la indivisión y formalizan el oportuno instrumento de extinción de comunidad. El que uno y otro acto no pueden considerarse ligados entre sí lo demuestra el que el poder dado por uno de los herederos para formalizar todas las operaciones hereditarias no puede ser considerado suficiente para proceder a la ulterior extinción de comunidad. La separación indicada se manifiesta aún más nítida cuando observamos el caso de un testador que prohíbe a sus herederos cesar en la proindivisión respecto de cierto o ciertos bienes, prohibición que, como en otro lugar señalé, no impedirá los oportunos actos de partición, siempre que en ella quede respetada la aludida limitación respecto al bien o bienes gravados.

De otro lado, la partición supone siempre como fin primordial el concluir con la comunidad hereditaria, pero no con la comunidad de bienes (pues ésta no existe previamente y, aun entendiendo que existiera, no se cesaría en ella en todas aquellas particiones en que las adjudicaciones se realizasen en proindiviso), sin perjuicio de que esta segunda faceta pueda abordarse, y ello sea lo más frecuente, dentro del fenómeno particional.

Así las cosas, si al acto de extinción de comunidad no puede atribuírsele «idéntica» naturaleza que al de partición hereditaria, cabrán para su configuración las siguientes opciones:

a) El acto de extinción de comunidad es de carácter simplemente declarativo o especificativo y no traslativo, pues tiene como antecedente necesario un previo acto adquisitivo que es el verdaderamente traslativo. Nuestra legislación, al menos en apariencia, parece favorable a esta tesis. Entre partición y extinción de comunidad, si no hay identidad, sí existe una evidente analogía.

b) La extinción de comunidad, si no como una enajenación, sí que cabe configurarla como supuesto semejante a ella. Así lo reconocen: la

Resolución de 5 de octubre de 1921, que en el segundo de sus considerandos señala que «se aproxima a la venta o a la permuta»; y la sentencia de 9 de febrero de 1970, que la considera acto de disposición que se asemeja a la venta o a la permuta. (La excepción a ello es quizá el último considerando de la Resolución de 13 de febrero de 1980.)

c) La extinción de comunidad es un acto complejo y de naturaleza variable.

Es complejo al poder involucrar otros negocios que no alteran, sin embargo, su naturaleza (divisiones materiales de bienes, pagos de diferencias, etc.), o producirse sin ellos.

Su naturaleza es variable. Así, si la extinción de comunidad va ínsita en una partición de herencia su naturaleza queda absorbida por la de ésta y, por tanto, debe considerarse un acto simplemente declarativo, al igual que la partición (según la tesis mayoritaria), de tal forma que las adjudicaciones de fincas concretas hechas a los herederos para pago de sus haberes no constituyen acto de enajenación alguno y sí sólo de partición, con las consecuencias que ello comporta en orden a la capacidad para realizarlo y complementos necesarios.

Esta absorción de naturaleza que señala no es ni mucho menos caso único; así, las adjudicaciones para pago, que en principio son consideradas como auténticas enajenaciones (el texto refundido del impuesto de 30 de diciembre de 1980, en su artículo 7.º, 2, A, las considera transmisiones patrimoniales), al ir involucradas en una partición, y siempre que sean hechas a coherederos no constituyen, según reiterada jurisprudencia (Resoluciones de 29 de abril de 1913 y 22 de septiembre de 1932), actos de disposición y sí simples actos particionales, pudiendo los representantes legales de los menores o incapacitados, si la partición es hecha por los herederos, o el contador-partidor, en la hecha por él, realizar actos de tal naturaleza sin exigirse los requisitos prevenidos para la enajenación de bienes.

La extinción de comunidad, cuando va, pues, inserta en una partición hereditaria, como un acto más de los que normalmente integran la misma en orden a las definitivas adjudicaciones, toma su naturaleza y no puede considerarse acto dispositivo, de tal forma que la prohibición de disponer impuesta por el testador no impedirá la partición y adjudicación de la finca o fincas gravadas a determinado o determinados herederos, siempre, claro está, que la adjudicación se haga con el gravamen de la prohibición.

Cuando la extinción de comunidad se produce como acto aislado e independiente; es cuando verdaderamente surge en toda su extensión el problema de la determinación de su naturaleza traslativa o declarativa.

- La jurisprudencia y la doctrina, como ya he tenido ocasión de señalar, están al parecer acordes en configurarla como un acto de disposición similar a la venta o a la permuta, pero no sientan argumentos sólidos para basar esta tesis, y en el fondo lo que late en sus consideraciones es una desconfianza ante la eventualidad de que en el acto extintivo de la comunidad se encubran auténticas enajenaciones, eventualidad que sólo es eso: una posibilidad, pero nunca una consecuencia que fatal o necesariamente haya de derivarse del acto realizado.
- El Código Civil no sienta un criterio definitivo, aunque a través de su articulado hay preceptos que nos inducen a rechazar la tesis del carácter traslativo. Estos son: el artículo 403, que permite a los acreedores y cesionarios concurrir a la división, intromisión que es totalmente ajena a los actos traslativos, y sí, por el contrario, es típica de los actos atributivos o especificativos (arts. 1.082 ss., en materia de partición); y el artículo 450, con su presunción de posesión ininterrumpida de la parte adjudicada.

El artículo 1.052, que ya tenemos examinado, y el 1.069 (obligación de saneamiento y evicción de los partícipes) parecen ser contrarios al carácter declarativo; pero no hay tal, pues si tales preceptos están específicamente dados para la partición de herencia, y ésta hoy se configura mayoritariamente como acto simplemente especificativo y no traslativo, no cabrá duda de que la trasposición de tales normas al campo de la extinción de comunidad ha de hacerse con el mismo carácter, sin que puedan, por lo tanto, ser base decisiva para atribuirle a dicho acto naturaleza traslativa.

El legislador fiscal está más claro en este punto: los limitados actos que, relativos a la comunidad de bienes, se sujetan al impuesto lo son bien como operaciones societarias (art. 22, 3 y 4), o bien como actos jurídicos documentados, nunca como transmisiones patrimoniales.

Podría argüirse contra ello que el legislador fiscal no actúa definiendo científicamente la naturaleza de las instituciones que recoge, pues tal función escapa de su cometido; pero es indudable su preocupación casi obsesiva de que ninguna transmisión, aun las menos aparentes, escape del correspondiente gravamen, beneficiándose de otro tipo inferior. Basta si no una ojeada al artículo 7.º del texto refundido, en el que se incluyen una serie de actos que, como los préstamos, las fianzas, los arrendamientos y las pensiones, distan mucho de poder ser considerados verdaderas transmisiones.

La consecuencia de todo cuanto llevo expuesto es la de que por ningún lugar aparecen bases incontrovertibles que fundamenten la consideración del acto de extinción de comunidad como uno de naturaleza traslativa y, por consiguiente, sigue sin existir una vía directa para determinar si la prohibición de enajenar alcanza o no al referido acto.

En el fondo de todo, como antes apuntaba, el único argumento que puede estimarse que goza de cierta validez para sostener la tesis negativa es el de la consideración de que mediante el acto de extinción de comunidad pueda vulnerarse la prohibición impuesta a través de valoraciones ficticias de los bienes o lotes por las cuales puede llegarse a verdaderos actos de enajenación. Pero tal argumento merece una severa crítica, porque:

1.º Supone atribuir *a priori* mala fe en los intervinientes (que la extinción de comunidad se hace burlando derechos o limitaciones), y tal presunción no se atrevió a realizarla ni siquiera la ley.

En efecto, el artículo 403 del Código Civil señala que los acreedores no pueden impugnar la división consumada excepto en el caso de fraude, «y salvo siempre los derechos del deudor o cedente para sostener su validez»; si existiere, pues, fraude es el acreedor el que ha de impugnar el acto, probando la existencia de tal fraude. Por su parte, el artículo 490 del mismo cuerpo legal señala que, al dividirse la cosa común, al usufructuario de una cuota corresponderá el usufructo de la parte que se adjudique al propietario o condueño; y sin que dicho usufructuario, como resulta de la Resolución de 24 de diciembre de 1934, haya de intervenir en el acto de división, lo que indica la presunción legal de que éste va a realizarse en forma correcta y no atentatoria contra el derecho de usufructo.

2.º Las valoraciones ficticias caben no sólo en el acto de extinción de comunidad, sino en otros muchos actos y con consecuencias aún más graves. Piénsese en la partición de herencia, en la que por medio de infra o supervaloraciones de los bienes pueden ser atacados principios tan inviolables como el de la intangibilidad de las legítimas o el del riguroso respeto a la voluntad del testador como ley fundamental de la sucesión, y que pese a ello, y a ser fenómeno común y a veces perfectamente apreciable, este hecho no motiva el rechazo de las particiones en que así se actúa.

3.º Por último, el obstáculo de las valoraciones ficticias podría en cualquier momento ser salvado con un medio idóneo, como sería la tasación pericial de los bienes o la adopción como patrón de valuación de los valores fiscales.

La posibilidad, pues, de la comisión de un fraude en determinado acto

habrá de llevar a intentar poner los medios precisos para evitarlo, pero no autoriza a adoptar la drástica solución de dejar *a priori* sin efectos a dicho acto.

A tales objeciones al argumento de la tesis negativa añadiré una serie de razonamientos que abonan la tesis permisiva; así:

1.º La necesidad de no perjudicar a terceros. Tal perjuicio ocurriría si el titular de una cuota indivisa la dona o deja en testamento, prohibiendo su disposición, motivándose con ello (fue el caso de la Resolución de 5 de octubre de 1921) la imposibilidad de extinguir la comunidad. La prohibición impuesta por un comunero ha venido a afectar perjudicialmente a todos los demás, a los que posiblemente no les unía con el imponente otra relación que la del simple hecho comunitario.

2.º La necesidad de que las prohibiciones de disponer se interpreten restrictivamente. Si el acto de cesar en la comunidad, correcta y honestamente practicado, no comporta enajenación alguna, y sí sólo concreción específica de lo previamente adquirido, tal acto habrá de quedar, por la presunción de buena fe, fuera de los efectos de una prohibición de disponer.

3.º El acto de extinción de comunidad no supone una verdadera subrogación real. Digo esto porque la jurisprudencia se ha negado, al existir una prohibición de disponer, a la posibilidad de las subrogaciones reales, aunque para ellas se cuente con la autorización judicial (Resoluciones de 23 de julio y 21 de octubre de 1924 y 22 de junio de 1943). La subrogación real supone que un bien propio pasa a ser sustituido por otro ajeno, que ocupará en adelante una situación idéntica al que sustituye. Esta ajeneidad de la cosa subrogada es, como resulta obvio, extraña al acto de extinción de comunidad.

A modo de conclusión general, mi criterio es el de que la prohibición de disponer no obsta a la inscripción de un acto de extinción de comunidad, reconociendo, desde luego, lo infrecuente que será en la práctica el que, inscrita una prohibición, los titulares de los bienes afectados aborden una cesación en la prohibición, cuyas ventajas de momento no se alcanzan a descubrir.

LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

A) Respecto de los *tanteos y retractos convencionales previamente inscritos*, no puede ofrecer duda la no eficacia de la prohibición de dis-

poner sobre tales derechos, pues si el imponente de la prohibición tenía su titularidad limitada por tales derechos, la transmisión en que se imponga la prohibición no podrá nunca hacerse con mengua de su efectividad. Esto es una regla de oro que se deriva del propio principio de la eficacia de los derechos inscritos y del apotegma de que nadie puede dar lo que no tiene.

B) ¿Puede el gravado con la prohibición de disponer constituir un derecho de tanteo o retracto convencional sobre los bienes afectos?

Respecto al derecho de tanteo, su constitución no parece posible, dado su carácter de derecho real limitativo, y además porque implica, como elemento necesario, una futura enajenación que durante la vigencia de la prohibición no es factible realizar. Sobre si puede ser admitido aquel derecho de tanteo que se constituyere con la prevención expresa de que su eficacia queda sujeta a la desaparición de la prohibición, y a que por tanto el concedente tenga la libre disposición del bien gravado, todas las precisiones que al respecto del derecho de hipoteca realizaré después le son de aplicación, por lo que a lo que allí se diga me remito.

En cuanto al derecho de retracto convencional, la cuestión es clara, y su inadmisibilidad es manifiesta. Si el retracto es el derecho que se reserva el vendedor de una cosa para readquirirla en las condiciones estipuladas, estando prohibida la venta, mal puede constituirse el retracto.

C) ¿La prohibición de disponer enerva la eficacia de los tanteos y retractos legales?

Respecto a los derechos de retracto surgidos por virtud de enajenaciones anteriormente inscritas y cuyo plazo de ejercicio esté vigente, la prohibición de disponer no los afectará nunca.

El retracto nacido por razón del mismo acto transmisivo en el que se contiene la cláusula prohibitiva tampoco puede quedar cercenado. Téngase, no obstante, en cuenta que siendo aquel acto transitorio uno de donación o herencia, este caso sólo podrá darse en el retracto arrendatario rústico, que, a diferencia de los demás, está previsto para todo supuesto de enajenación *inter vivos*, incluso gratuita, del fundo (arts. 86 y 89 LAR, de 31 de diciembre de 1980).

Con posterioridad al acto de transmisión comprensivo de la prohibición de disponer la situación a plantear debe examinarse, sentando:

a) El *principio general* es el de que siendo las transmisiones por título de venta o dación en pago las que hacen surgir aquellos derechos

legales de preferente adquisición, y no siendo posible la realización de tales transmisiones por virtud de los efectos propios de la prohibición de disponer, parece clara la imposibilidad de que tales derechos surjan.

b) Las *excepciones* están singularmente integradas por las siguientes:

1. El caso de las prohibiciones de disponer limitadas. Se trata de aquellos supuestos en los que el testador o donante ha prohibido la disposición de los bienes si no es en favor de ciertas personas. Para tales casos la transmisión hecha por el gravado a favor de las citadas personas hará surgir desde luego el derecho de retracto legal (arrendaticio, comuneros o colindantes), y ello por la fundamental razón de que al realizarse la transmisión desaparece la prohibición de disponer, y es justo en ese momento (posterior a la enajenación) cuando precisamente surge y puede ser ejercitado el retracto legal, momento en el que ya no existirá obstáculo alguno para su ejercicio.

2. La contemplada en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 2 de enero de 1973. El artículo 44 de dicha ley señala en su apartado primero que «la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo», determinando en su párrafo segundo ciertas excepciones a esta regla. Pero la infracción a lo prevenido en tal precepto no provoca, como pudiera pensarse, la nulidad del acto realizado, haciendo sólo surgir, como indica el artículo 45, un derecho de preferente adquisición a favor de los colindantes con la parcela incongrua. ¿Queda cercenado este derecho de adquisición preferente cuando la finca esté afecta a una prohibición de disponer?

La solución a este interrogante exige el examen de un problema previo: el de si procede realizar segregaciones o divisiones de una finca gravada con prohibición de disponer, y mi criterio es el de que, como la prohibición no contemple específicamente tales actos o, por su carácter general, deba alcanzarlos (como serían los casos de prohibiciones de efectuar actos inscribibles o «actos de riguroso dominio», entre los que no cabe duda se encuentran los aludidos), habrán de entenderse perfectamente realizables, sin perjuicio de dejar afectos a la prohibición los lotes resultantes.

Resuelto el problema previo, puede abordarse el que planteaba como fundamental, y al respecto mi respuesta al interrogante formulado es la negativa, con base a los argumentos que paso a exponer:

— El derecho de los colindantes tiene su causa en una razón

de interés social: el impedir la formación de parcelas incultivables por su pequeña extensión o por su explotación económicamente no rentable. El interés protegido es, pues, el de la economía agraria en general. Las prohibiciones de disponer tienen, por el contrario, una utilidad meramente privada, y tal utilidad no puede prevalecer frente al interés general primeramente señalado.

- Podría argüirse que sostener la tesis que propugno supondría abrir una gran puerta para violar y dejar sin efecto las prohibiciones de disponer afectantes a predios rústicos, pues los afectados no tendrían más que segregar o dividir por debajo de la unidad mínima y allanarse a las pretensiones de adquisición de los colindantes con los que previamente se tendría convenida la enajenación de la parcela. Esto es cierto, pero por contra piénsese que puede ocurrir exactamente lo opuesto: que lo que se intente a través de la prohibición de disponer sea violar un derecho legal como es el de preferente adquisición que examinamos. Quien desea segregar o dividir y quiere evitar el derecho de los colindantes basta que done la finca a persona de su confianza con prohibición de disponer, la cual podrá sin temor efectuar aquellas operaciones. Aunque fiscalmente puede resultar la fórmula muy cara, resulta ciertamente segura, pues la disposición de los lotes procedentes de la segregación o división jamás se pierde, pudiendo siempre realizarse con el consentimiento del donante (levantando la prohibición) y del donatario (disponiendo de los bienes), y para este caso los colindantes ya no podrán ejercitar derecho alguno, como no sea el de retracto previsto por el Código Civil, aplicable sólo al caso de que la finca enajenada tenga una extensión inferior a una hectárea; y no podemos olvidar la fácil vulnerabilidad de este último derecho, bastando para frustrarlo disfrazar la venta realizada con el ropaje de una permuta bien de inmueble con inmueble o incluso, lo que no es del todo infrecuente en la práctica, de inmueble con mueble.

La posibilidad, pues, de que la utilización, legal, pero ilegítima, del derecho de los colindantes pueda servir para conculcar una prohibición de disponer no debe ser utilizada como argumento para privar de eficacia a tal derecho, por la razón fundamental de que esa ilegitimidad, como hemos visto, puede actuar en sentido inverso (que sea a través de una prohibición como se intente burlar el derecho de los colindantes); ade-

más, que con el manejo de aquel argumento entramos de lleno en el terreno de las intenciones del sujeto, y este es un campo en el que el Registrador debe evitar inmiscuirse.

EL DERECHO DE OPCIÓN Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

La cuestión a la que nos enfrentamos ha de ser examinada a través de tres prismas que determinan el carácter propio del derecho de opción:

- Su *factibilidad de constituirse como accesorio*.
- Su discutido carácter de derecho real.
- Su contenido propio, consistente en el derecho a adquirir en el futuro la cosa por parte del titular de la opción.

A) Respecto del primer punto, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario es suficientemente claro en orden a la posibilidad de que la opción se constituya como contrato independiente o bien como pacto o estipulación inserta en otro contrato.

Para el supuesto de que la opción deba de considerarse accesorio a los propios elementos de calificación del derecho de opción que ahora señalaré, habrá que añadir los del contrato que la contenga; y por ello, no pudiendo realizarse el contrato principal, procederá rechazar la opción constituida como accesorio al mismo.

Si la opción se configurase como contrato independiente, o bien si siendo accesorio el contrato principal fuese de los no impedidos por la prohibición de disponer, se hará entonces preciso examinar a fondo el propio derecho de opción, a fin de determinar si éste por su naturaleza es contrario a la prohibición inscrita; y en tal punto el primer problema a examinar ha de ser el siguiente:

B) *¿Es la opción un derecho real o simplemente personal?*

La cuestión no puede considerarse bizantina, pues si de derecho real se le califica habría que entender comprendida la opción dentro de los actos que quedan impedidos por aquellas prohibiciones específicas de gravar o aquellas genéricas que alcanzasen a los actos de gravamen (ej.: las prohibiciones de disponer). Por el contrario, considerada derecho personal, la opción sólo quedaría impedida por una prohibición que expresamente la contuviese en su enumeración de actos prohibidos, o que por su gran generalidad pueda comprenderla, como ocurriría si se prohibiese «obligar la finca» o «realizar actos inscribibles».

No está en mi ánimo recoger aquí con carácter exhaustivo la amplia gama de corrientes doctrinales a través de las cuales se ha intentado precisar la naturaleza del derecho de opción, pues en cualquier texto de consulta puede encontrarse tratado el problema con suficiente amplitud; sólo quiero señalar mi criterio de que tiene mayor peso la línea que sitúa al derecho *de opción entre los reales*, y que entiendo puede sustentarse en los siguientes razonamientos:

1.º Que el Reglamento, en su artículo 14, hable de «contrato de opción» no debe ser obstáculo para configurar tal derecho como real, pues no se olvide que los contratos son una vía natural para el nacimiento de los derechos reales, según se desprende del artículo 609 del Código Civil. Es más, puede entenderse que si el Reglamento habla de «contrato» se debe a que la opción se constituye singularmente a través de ese medio, siendo anómalo que surja por vía sucesoria.

Por otro lado, esta referencia al contrato, al tratar de derechos reales, no es extraña a nuestra legislación, bastando señalar cómo el Código Civil, en su artículo 468, dice que el usufructo se constituye «... por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos»; en el artículo 1.629 habla de que al constituirse el censo «se fijará en el contrato»; y en el artículo 1.874 se refiere al «contrato de hipoteca».

2.º El que la opción sea con frecuencia accesoria de ciertos contratos que no generan de ordinario sino derechos personales (ej.: arrendamientos) no es óbice para considerarla verdadero derecho real, pues ni tal carácter accesorio puede predicarse siempre ni, aun en el caso en que se produzca, puede sin más concluirse que el contrato principal mediatiza fatalmente la naturaleza del accesorio. En efecto, nadie niega el carácter real del derecho de hipoteca, que en la inmensa mayoría de los casos se presenta como accesoria de un contrato de efectos puramente obligacionales: el contrato de préstamo.

3.º Resulta caprichoso y arbitrario negar el carácter de real a aquellos derechos que reúnen las peculiaridades y tienen la protección propias de los *ius in re*. La inmediatez del derecho de opción no ofrece dudas, y su oponibilidad *erga omnes*, que no suscita problemas en la opción inscrita, tampoco debe provocarlo en la no inscrita, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala a este propósito que, llegado el término, nada debe impedir el ejercicio de la opción, y si el concedente se resiste a ello puede el optante acudir al Juez para que formalice la transmisión, que desde luego afectará a todos (salvo, naturalmente, a terceros protegidos por la fe pública registral; pero esta última protección para nada destruye la oponibilidad *erga omnes* de un derecho).

C) Por último, no puede perderse de vista que el *contenido propio de la opción* estriba en el derecho del optante a adquirir la cosa en las condiciones estipuladas. Tal contenido viene a incidir nuevamente en el campo que nos interesa, de forma que si la prohibición de disponer impidiera por su redacción dicha transmisión futura no podrá por menos que rechazarse la inscripción del derecho de opción.

Cabrá en este punto hacer las mismas conjeturas y precisiones que en cuanto al derecho de hipoteca luego expresaré, esto es, que si el término estipulado para el ejercicio de la opción se establece para un momento en que la prohibición haya cesado en sus efectos, la inscripción debe permitirse, tal y como indicaba antes para el derecho de tanteo. Pero aquí no puede perderse de vista la introducción de un nuevo dato específico del derecho de opción, y es el de que si la opción quiere inscribirse (que es lo que realmente a nosotros interesa) uno de los requisitos precisos que el Reglamento señala para ello, en su artículo 14, es el de la determinación del «plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años», y que siendo la opción accesoria de un arrendamiento tal plazo no puede ser superior al contractual, caducando necesariamente en caso de prórroga.

Así pues, si con arreglo a tales límites temporales la opción tiene fijado un plazo para su ejercicio que cae fatalmente dentro de la vigencia de la prohibición, no debe accederse a la solicitud de inscripción, entre otros extremos, por el fundamental motivo de que dicha inscripción carecería totalmente de utilidad.

Si dicho término cae, por el contrario, fuera del plazo de efectos de la prohibición de disponer, debe ser permitida la inscripción; pero en tal supuesto, y dado que el plazo para el ejercicio de la opción se suele establecer con el carácter de máximo, pudiendo ésta ser ejercitada en cualquier momento durante la vigencia de dicho plazo, será necesario el compromiso del optante de no ejercitar su derecho hasta pasados los efectos de la prohibición; es decir, el establecimiento, junto al plazo máximo (que no podrá rebasar el reglamentario), de un plazo mínimo durante el cual la opción no podrá ejercitarse y que cubrirá el período de vigencia de los efectos de la prohibición (si ésta lo tuviese señalado).

Para concluir, tratándose de prohibiciones con plazo incierto, se ofrecen serias dificultades para compaginar dicha incertidumbre con el plazo máximo reglamentario determinado para el ejercicio de la opción inscrita. Entiendo que podría, no obstante, procederse a la inscripción cuando el ejercicio de la opción se condicionase a que durante dicho plazo máximo cesaran por cualquier evento los efectos de la prohibición, previniéndose que en caso contrario el derecho concedido quedaría sin efecto. El su-

puesto, por la situación tan precaria en que queda la posición del optante, será difícil que se plantee en la práctica.

EL DERECHO DE HIPOTECA Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Resulta general en la doctrina el considerar que, figurando inscrita en el Registro una prohibición de disponer, no puede constituirse una hipoteca sobre la finca o derecho afecto, salvo que el acreedor y el deudor pacten que el ejercicio de la acción hipotecaria quede aplazado hasta que cesen los efectos de la prohibición. Se dice que esta tesis está avalada por reiteradas resoluciones de la DGRN.

Pero este razonamiento, impecable a primera vista, exige una serie de matizaciones de las que paso a ocuparme.

Para el estudio de esta materia he tenido en cuenta tres fundamentales fallos del Centro directivo que no parecen sentar una doctrina uniforme.

· *La R. de 30 de septiembre de 1926.*

Se presentó en el Registro una escritura de hipoteca constituida sobre una finca que aparecía gravada con una anotación preventiva de embargo en la que se contenía la prohibición absoluta de «venderla, gravarla y obligarla».

El Registrador suspendió la inscripción de la hipoteca, tomando en su lugar anotación preventiva de suspensión.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota calificatoria.

La DGRN confirma el auto del Presidente, sin aludir para nada a la posibilidad de haber podido ser inscrita la hipoteca en el caso de haber sido redactada la escritura con las oportunas previsiones.

· *La de 18 de enero de 1963.*

Se presentó una escritura de hipoteca constituida en garantía de un préstamo por plazo de un año, recayente sobre una finca adquirida por los deudores a virtud de herencia en que la testadora les impuso «la obligación de no venderla» hasta transcurridos diez años contados desde la defunción de aquélla.

El Registrador suspendió la inscripción tomando anotación de suspensión.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota.

La DGRN confirmó el auto, pero no lo hizo sin más, viéndose obli-

gada a realizar ciertas precisiones, siendo la principal, en lo que a nosotros interesa, la de su último considerando, en el que señala:

«Considerando 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 y 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 convenido las anteriores condiciones existe un obstáculo registral que impide su inscripción.»

• *La de 18 de abril de 1952.*

En el caso planteado por esta resolución el deudor hipotecario era titular registral de unas fincas que adquirió por legado en el que la testadora prohibió que fueran «vendidas» durante el plazo de cuarenta años a partir de su fallecimiento. Se presentó al Registro una escritura de hipoteca otorgada el 18 de agosto de 1949, en la que, en garantía de un préstamo por plazo máximo de quince años, y con vencimiento el 18 de agosto de 1964 (fecha posterior a la cesación de efectos de la prohibición, cuyo plazo concluía el 13 de mayo de 1964), se hipotecaron las fincas legadas, conviniéndose expresamente: que el préstamo no devengaría interés ni premio alguno durante el plazo convenido; y que el acreedor se comprometía a no proceder a la ejecución de su crédito hasta transcurridos los cuarenta años de vigencia de la prohibición o hasta que quedase ésta sin efecto, por cualquier evento. Además, en una escritura complementaria, la esposa e hijos del deudor consentían no entorpecer la ejecución hipotecaria llegado el momento, para el caso de ser entonces ellos los dueños de los inmuebles afectos.

El Registrador rechazó la hipoteca, pareciendo desprenderse de la nota, pues no lo señaló expresamente, que su calificación fue denegatoria.

El Presidente de la Audiencia revoca la nota.

La DGRN confirma el auto apelado, mereciendo destacarse los considerandos cuarto y sexto de esta resolución, los cuales paso a transcribir:

«Considerando que la palabra vender utilizada para formular la prohibición debe entenderse conforme al artículo 675 del Código Civil en su sentido literal, por lo que no ha de estimarse en este caso comprendida la constitución de hipoteca, toda vez que si tal derecho lleva consigo un *ius distrahendi* lo es para el supuesto de que no se cumpla la obligación

asegurada, y no impide que el acreedor y deudor convengan en subordinar su ejercicio hasta el momento de que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante.»

«Considerando que en la escritura objeto del recurso se establece: que la obligación garantizada por la hipoteca se constituyó con una duración máxima de quince años y vencimiento en el 18 de agosto de 1964; que el acreedor se comprometió a no ejecutar el crédito hasta transcurrido el período de vigencia de la prohibición de vender, que terminará el 13 de marzo de 1964, o 'hasta que por cualquier evento quede aquella sin eficacia'; y como, además, expresamente se pactó que el préstamo hipotecario no devengaría intereses, no puede darse lugar a una ejecución por su impago al amparo del artículo 146 de la ley en caso alguno.»

Con el examen de la doctrina condensada en estas resoluciones procede ya abordar con criterios sistemáticos el problema de la posibilidad o no de inscripción de las hipotecas constituidas sobre bienes afectos a una prohibición de disponer. Tal problema entiendo que ha de ser directamente conectado, para su adecuada solución, con los términos en que esté redactada la prohibición; así:

a) Cuando dentro de los actos prohibidos *se comprendan los de gravamen*, bien porque la prohibición sea expresa de gravar o bien porque al estar concebida en términos tan amplios como la de «disponer», «obligar» o «realizar actos de dominio» hayan de entenderse comprendidos en ella los actos de constitución de cualesquiera gravámenes, no cabe duda de que la inscripción de la hipoteca no es posible, pues ésta viene a gravar con efectos inmediatos la finca o derecho sobre el que se impone. En estos casos, la calificación registral del acto será la denegatoria, cualquiera que sea la redacción y las cláusulas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario con las que se intente compaginar los efectos de la hipoteca con los de la prohibición inscrita. La Resolución de 1926 al principio citada confirma esta tesis, pues aunque en ella el Registrador extrañamente se limitó a «suspender» la inscripción ello se explica dado que se trataba de una prohibición judicial contenida en una anotación preventiva cuyos perentorios efectos (resolución del pleito que la motivó, caducidad, etc.) debieron influir y ser tenidos en cuenta por el funcionario para dulcificar su calificación.

b) Cuando de la redacción de la cláusula prohibitiva haya de inferirse que en ella *no se comprenden ni los actos de gravamen ni los de enajenación* (así, cuando la prohibición sea sólo de dividir bienes o de cesar en la comunidad) la hipoteca constituida será perfectamente inscribible, y naturalmente la prohibición continuará produciendo la integridad de sus efectos.

c) En último extremo, cuando la *prohibición sea sólo de vender o enajenar* es cuando realmente el problema que examinamos se plantea en toda su extensión.

La hipoteca no supone de momento una venta o enajenación (Resoluciones citadas de 1952 y 1963), sino sólo, como ya he dicho, una carga o gravamen, por lo que no estando prohibida la constitución de gravámenes nada puede en principio oponerse a la inscripción; pero puesto que la hipoteca lleva consigo un *ius distrahendi* que podrá ser ejercitado en el futuro, y ese derecho de realización cae de lleno en los efectos de la prohibición, será entonces preciso que la hipoteca acomode sus efectos subordinándose a los de la propia prohibición, adoleciendo en caso contrario de un defecto que impediría su inscripción.

En qué consiste y cómo se logra ese acomodamiento es problema mucho más arduo, tal y como paso seguidamente a exponer.

En el caso de la Resolución de 1952 el ajuste era perfecto:

1. *El vencimiento de la hipoteca se pactó para un momento en el que el plazo de la prohibición ya había expirado.*

2. *Se convino en el no devengo de intereses y premio, de modo que no cabían ejecuciones anticipadas debido al impago de estos conceptos.*

3. *Y el acreedor y el deudor acordaron expresamente un aplazamiento en el ejercicio de la acción ejecutiva hasta transcurrido el plazo de la prohibición o hasta que ésta, por cualquier evento, quedase privada de efectos.*

Pero ¿qué ocurrirá en los casos en que falten alguno de estos requisitos?:

1.º Si la prohibición no tiene señalado un plazo fijo, sino que aparece constituida por período indeterminado (fallecimiento de cierta persona), CAMY (*Comentarios...*, tomo V, pág. 288) parece inclinarse por la tesis negativa, quizá porque, como quiera que la hipoteca ha de tener un plazo de duración específicamente fijado, al no tenerlo la prohibición no ve la posibilidad del necesario acoplamiento de efectos entre una y otra.

A mi juicio, siempre que acreedor y deudor convengan expresamente en que aquél no ejercitará la acción hipotecaria hasta que la prohibición cese en sus efectos por cualquier causa, la hipoteca podría ser inscrita. Esta tesis que apunto tiene la virtud de no hacer de peor condición al gravado con prohibición sin plazo determinado que al que lo esté por período específicamente fijado; y encuentra su base en la idea de que si el acreedor puede, vencida la obligación, no proceder de inmediato a la ejecución, pues éste es un derecho que se le atribuye y que a su arbitrio pue-

de ejercitar de momento, aplazarlo o no realizarlo nunca, no debe entonces verse obstáculo a que anticipadamente pueda convenir con el deudor en un aplazamiento. Pero la tesis de referencia puede plantear el grave inconveniente de que entre el vencimiento pactado de la obligación y la cesación de los efectos de la prohibición transcurra un período superior a veinte años, y por aplicación del artículo 1.964 del Código Civil deba considerarse prescrita la acción. El obstáculo podría decorosamente salvarse atendiendo a dos razonamientos: el deducido de la redacción del artículo 1.969 del mismo Código, conforme al cual el plazo de prescripción de las acciones «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse» y hay que entender que tal día no es, en el supuesto que nos ocupa, el del vencimiento del préstamo, sino el de la extinción de la prohibición; y el hecho de que no pudiendo la prescripción ser apreciada de oficio y sí sólo a instancia de parte legítima, tal instancia, en nuestro caso, no podrá producirse, al haber sido parte el deudor, legitimado para ello, en el convenio de aplazamiento del ejercicio de la acción. Este último argumento es, no obstante, de una extraordinaria debilidad, puesto que existiendo acreedores del deudor o terceros adquirentes de los bienes hipotecados no podrá pretenderse imponerles la obligación de pasar por el mencionado convenio.

Otra cosa sería el que, teniendo la prohibición fijado un plazo específico, se señalase para el préstamo un vencimiento anterior a dicho plazo, pero conviniéndose en el no ejercicio de la acción hipotecaria hasta transcurrido aquel plazo. En tal supuesto, en el que el acreedor puede perfectamente evitar la prescripción de su derecho, no existirá el inconveniente que antes señalaba, debiendo sostenerse la inscribibilidad de la hipoteca.

2.º Si se pacta el devengo de intereses o comisión, ¿podrá inscribirse la hipoteca? La postura debe seguir siendo la afirmativa, siempre que el acreedor y deudor convengan en no proceder a la ejecución por impago de tales conceptos, diferiendo su vencimiento. (Hay que señalar el mismo obstáculo antes apuntado.)

3.º No mediando convenio de aplazamiento de la acción entre acreedor y deudor, el criterio calificador habrá de ser siempre el negativo (no denegatorio, sino simplemente impeditivo de la inscripción).

En efecto, aunque pudiera pensarse que estando la hipoteca perfectamente ajustada a los efectos de la prohibición, a los que se subordina y respeta, y sobre todo cuando del texto de la escritura de constitución del préstamo hipotecario pueda desprenderse que los interesados conocen la prohibición y, acomodándose a ella, configuran la hipoteca, el convenio de aplazamiento o retardo por superfluo no debe en buena técnica ser exigido, tal apreciación no puede calificarse por menos que como incorrecta,

porque, aun dándose todos los requisitos señalados en previsión de que la ejecución anticipada no tenga lugar, ésta podrá eventualmente producirse mediante el ejercicio de una acción de devastación, pues el artículo 209 del Reglamento prevé como una de las medidas que en estos casos puede el Juez adoptar a instancia de parte la de «declarar vencido el crédito», y sólo el convenio genérico de aplazamiento podrá vincular eficazmente al acreedor a no ejercitar las acciones derivadas de aquel vencimiento, sin perjuicio, claro está, de la posible aplicación en tales supuestos de la doctrina contenida en la cláusula *rebus sic stantibus*.

LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Tres son las razones teóricas que abonan a posibilidad de anotar preventivamente un embargo sobre fincas o derechos afectos a una prohibición de disponer.

1.º El carácter simplemente cautelar de las anotaciones de embargo, cuya finalidad no es otra que anunciar frente a todos la existencia de un procedimiento seguido contra la persona del titular registral y la sujeción «en lo posible» de los bienes anotados a las consecuencias de dicho procedimiento.

2.º La eventualidad, siempre factible, de que la prohibición inscrita deje de surtir efectos. Si los efectos de la prohibición cesan transcurrido que sea el plazo de su duración, y aparece como posible el que dicho plazo pueda ser cubierto por la anotación de embargo, que habrá de subsistir entonces a la extinción de la prohibición (piénsese en la posibilidad de prórroga de las anotaciones), la utilidad de la anotación practicada durante la vigencia de la prohibición resulta, pues, indiscutible, y queda cifrada en el interés que para el acreedor supone el tener anotados sus derechos al cesar la prohibición, evitando así el fraude que contra ellos pudiese intentar el titular registral, al devenir en propietario libre de los bienes por desaparición de la cláusula prohibitiva.

No se olvide, además, que si la prohibición puede ser levantada por el disponente aparece como evidente la necesidad de arbitrar un medio que garantice a los acreedores de esta contingencia.

3.º Por último, que la voluntad privada, de la que surgen las prohibiciones de disponer voluntarias, no puede vulnerar ni entorpecer el principio del orden público por virtud del cual todo acreedor tiene derecho al aseguramiento de su crédito como medida tendente a facilitar su cobro.

No obstante tales argumentos, la doctrina no ha sido resolutive en este punto. CAMY se muestra, sólo implícitamente, partidario de la práctica de la anotación en el caso en que el mandamiento contenga la prevención de quedar suspendida la ejecución hasta tanto no cesen los efectos prohibitivos (*Comentarios...*, tomo V, pág. 288). MORELL, citado por ROCA, admite el embargo en aquellas prohibiciones de duración determinada, debiendo negarse la ejecución. LA RICA, para las prohibiciones de carácter judicial, lo admite sin más (*Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, pág. 125).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha afrontado el problema reiteradamente y con cierta claridad.

Sólo la Resolución de 30 de enero de 1931 se mostró contraria a la tesis permisiva, pero la lectura de uno solo de sus considerandos muestra las especiales circunstancias en que dicha resolución fue dictada. Efectivamente, en el sexto de ellos se dice:

«Considerando que si el embargo en cuestión tiene por finalidad la enajenación de los derechos sobre los que se ha trabado, y el mero hecho de infringir la prohibición impuesta ha sido sancionado por el *de cuius* con la pérdida o, mejor dicho, con el acrecimiento de dichos bienes a los demás herederos, la autorización para que se adjudiquen a terceras personas en el procedimiento de apremio produciría, en primer lugar, el juego de la condición resolutoria, y en segundo término, la ineficacia del acto transitorio, sin ventaja para el ejecutante.» Pero, es más, del resto de sus razonamientos se desprende que la anotación objeto del caso debatido aparecía ordenada de forma oscura y contradictoria, por cuanto parecía recaer sobre un derecho hereditario relativo y limitado a cosa determinada, y nuestro derecho hipotecario sólo reconoce la anotación y el embargo del derecho hereditario en abstracto. Todo ello es suficientemente indicativo de que la resolución que comento no puede considerarse que siente doctrina general en la materia.

Por el contrario, son muchas las resoluciones que se pronuncian *afirmativamente* en el problema que nos ocupa. Así:

- La Resolución de 5 de febrero de 1896, que admitió la anotación de embargo por pensiones censuales, señalando como base para ello el que las prohibiciones de disponer impuestas por el transmitente al actual poseedor no pueden perjudicar los derechos adquiridos con anterioridad a dicha transmisión.
- La Resolución de 7 de enero de 1928, que para un caso de prohibición de disponer del artículo 764 de la Ley procesal, consecuencia de rebeldía de un demandado en juicio, admitió el embargo, por entender que aquella anotación de prohibición no constituía una situación jurídica

ni un derecho de naturaleza estable, sino uno eventual y singularmente condicionado, y que, por lo tanto, en modo alguno debe integrar una acabada y definitiva contradicción de los derechos dominicales. Dicha resolución distinguió dentro de las prohibiciones de disponer judiciales: 1) las que tienden a asegurar las resultas de un pleito; 2) aquellas que en cierto modo cierran el Registro por exigencias supremas de orden público, impidiendo la extensión de posteriores asientos.

● La Resolución de 30 de diciembre de 1946, que señaló que la prohibición impuesta por el artículo 17 de la antigua Ley de Arrendamientos Rústicos, para el caso en que el arrendatario retrayese la finca arrendada, no impedía la anotación de embargo. Aunque dada para un caso específico de prohibición de disponer legal, sus argumentos eran y son susceptibles de extensión a las prohibiciones en general, pues se decía en el último de sus considerandos que el embargo, «atendida su naturaleza precatoria y cautelar, encaminada a la conservación de los bienes, no implica absoluta contradicción con la fuerza impediende que se atribuya a una prohibición temporal para transmitir la propiedad».

● La Resolución de 5 de septiembre de 1974, que para un caso de ejecución instada por el Estado por impago de costas judiciales, ante la alegación del recurrente de incongruencia en la actuación del Registrador, que admitió la anotación de embargo y rechazó la adjudicación, declaró en el último de sus considerandos lo siguiente:

«Considerando, por último, que no ha habido una conducta contradictoria por parte del funcionario calificador, al dar primeramente acceso en el Registro a la anotación preventiva de embargo sobre los inmuebles, y después rechazar la inscripción de los mismos a favor del Estado, puesto que la anotación practicada, por su finalidad cautelar, va encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceros mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, pero no tiene fuerza para privar de efectos a una prohibición temporal que para transmitir el dominio pesa sobre las fincas discutidas.»

La Resolución de 23 de octubre de 1980, en un supuesto de finca donada con prohibición de enajenarla o gravarla durante la vida de la donante sin su consentimiento, la cual se reservó además la facultad de venderla en caso de necesidad, permitió que sobre ella pudiese, no obstante, anotarse el embargo, diciéndose en su último considerando que:

«... dada la finalidad cautelar de la anotación que se solicita, encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceras personas mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, no hay obstáculo para la práctica de la anotación, si bien sujeta a las limitaciones hoy existentes.»

El Tribunal Supremo confirma la dirección tomada por estas resoluciones cuando en su sentencia de 3 de abril de 1965, para un supuesto de prohibición de disponer afectante al derecho de usufructo, entendió que no podía considerarse infringida por un embargo trabado con motivo de un aval prestado por el usufructuario.

LAS ENAJENACIONES FORZOSAS Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

LA RICA separa aquellas enajenaciones forzosas que se realizan en virtud de un interés privado (como las ventas judiciales para pago a los acreedores) de aquellas otras que vienen justificadas por un interés público (como la expropiación forzosa). De las últimas me ocuparé en trabajo posterior relativo a la extinción de efectos de las prohibiciones, pasando ahora al examen de las primeras.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, con casi obsesiva reiteración, coinciden en señalar que las enajenaciones judiciales realizadas para pago de créditos y satisfacción de obligaciones quedan plenamente alcanzadas por los efectos de la prohibición de disponer, por lo que, constando inscrita ésta, debe rechazarse la inscripción de aquellas enajenaciones.

La base para tal rechazo se cifra en dos fundamentales razones:

Primera.—El hecho de que la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado ni de su poder dispositivo (Resoluciones de 21 de abril de 1949 y 5 de septiembre de 1974); sólo en el caso de que los Tribunales, bajo cuya salvaguardia están los asientos del Registro, declaren previamente cuál sea el alcance y preferencia de la prohibición inscrita podrá permitirse la inscripción de actos que vulneran en apariencia la prohibición, pero que por virtud de la aludida interpretación judicial de la misma escapan de sus efectos impeditivos (Resolución de 1949 citada).

Segunda.—La necesidad de evitar procesos fingidos en los que a través de un allanamiento por parte del demandado gravado a las pretensiones del actor, podrían burlarse los efectos de la prohibición. Se ha hecho casi sacramental la expresión con la que el Centro directivo resume este argumento; así se lee, entre otras, en la *Resolución de 30 de diciembre de 1946 que el fundamento de la negativa está en el peligro de que la prohibición pueda eludirse y «quedar burlada, merced a procedimientos simulados o convenios entre las partes, que la intervención de los Tribunales encargados de velar por la legalidad y pureza del procedimiento no pueden eliminar en absoluto».*

Tales razones y, en su consecuencia, el sistema adoptado con base a ellas merecen una severísima crítica por dos motivos esenciales: 1) porque parten de la existencia de la mala fe en los interesados; y 2) porque aplicado el sistema con carácter general supondrá la violación de los más elementales derechos de los acreedores. De todo ello paso seguidamente a ocuparme.

A) *Se consagra la mala fe como principio jurídico*

En efecto, si la razón para no admitir las enajenaciones judiciales es el peligro de procedimientos fingidos, parece indudable que con ello estamos *a priori* presumiendo en el demandado una voluntad simuladora, una mala fe, cuya existencia aún no se ha probado; y tal presunción es contraria a las normas que en nuestro Derecho civil, hipotecario y penal consagran la buena fe o la duda a favor del reo, como presunción primaria, sólo destruible por la prueba en contrario.

En materia de prohibiciones de disponer, los intérpretes de la ley han hecho asumir a ésta un papel de rígido celador y defensor de oficio realmente insólito y desconocido en otras instituciones de derecho privado. La ley, efectivamente, ha de amparar las situaciones por ella establecidas y condenar aquellas actuaciones tendentes a menoscabar o cercenar tales situaciones, aun las que se produzcan por una vía indirecta; pero el intérprete al descubrir posibles conductas violadoras no previstas por aquélla no puede sin más proceder a su condena a través de la dudosa vía de atribuir a los interesados en tal conducta una voluntad dolosa que no aparece clara ni probada.

En contra de las más elementales normas procesales, las prohibiciones de disponer parecen estatuirse, según las citadas resoluciones, como una situación previa que viene a prejuzgar necesariamente la simulación de los procesos que, en reclamación de créditos de cualquier tipo, puedan entablar los acreedores contra el titular del bien gravado, con la prohibición en pretensión de hacer efectivos sus derechos sobre el referido bien.

Lo correcto, lo razonable sería el que, habida consideración de que las prohibiciones de disponer han de favorecer o establecerse en interés de alguien, se dejara en manos de ese alguien la tutela de sus derechos o expectativas en todo aquello en que la ley no ha podido alcanzar a protegerlo; por ello, si un proceso fuere simulado, el perjudicado directa o indirectamente por sus efectos será el que deba alegar y probar la referida simulación, y destruir así la eficacia del proceso ilícito.

B) *Se olvidan los más elementales derechos de los acreedores*

El principal defecto en este punto se cifra en que la tesis doctrinal y jurisprudencial ha cerrado el paso a las enajenaciones judiciales de forma indiscriminada, sin particularizar, como entiendo que debe hacerse, separando las actuaciones de aquellos acreedores cuyo derecho esté inscrito o se derive de otro inscrito con anterioridad a la prohibición, de aquellos otros cuyo derecho no se encuentre registrado.

a) *Acreedores con derecho inscrito*

Dice el artículo 145 del Reglamento: «Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar... impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del 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 basados en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación.»

Incomprensiblemente, la doctrina no ha insistido en la perfecta aplicabilidad de este precepto a las prohibiciones de disponer voluntarias, pese a estar dictado para las judiciales; antes al contrario, el espíritu de los autores parece haberse dejado calar abandonadamente, por la idea de que, *a sensu contrario* del artículo comentado, se deduce que sólo las prohibiciones judiciales quedan afectadas por los asientos vigentes anteriores, no así las voluntarias, para las que la regla general ha de ser el cierre absoluto del Registro. Nada más contrario a los más fundamentales principios hipotecarios. Que la efectividad de un derecho inscrito pueda ser truncada por medio de una prohibición de disponer inscrita con posterioridad es el ataque más frontal que a los principios de publicidad, prioridad y seguridad de los derechos puede hacerse. El artículo 145 del Reglamento no está dictado para las prohibiciones de disponer voluntarias, pero ello es porque tales prohibiciones no necesitan de una norma específica para que sus consecuencias les sean plenamente aplicadas. El precepto tiene una razón de ser, y a mi juicio una manifiesta crítica.

Su razón de ser, el hecho de que sólo esté dictado para las prohibiciones de origen judicial, se debe a la especial naturaleza de éstas, que son ordenadas en procedimientos judiciales con la finalidad de garantizar derechos de terceros que pudieran plantear la duda de si paralizan los demás derechos existentes sobre la finca. La solución, como sabemos, es la negativa, al permitirse, pese a la anotación de prohibición, el que sean practicadas las anotaciones e inscripciones que se basen en asientos vigentes anteriores. Que esta misma doctrina ha de ser aplicada a las prohi-

biciones de disponer voluntarias es punto que no debe ofrecer dudas, y así lo entendió la Resolución de 5 de febrero de 1896, que he recogido en el apartado relativo a las anotaciones de embargo.

La crítica que la norma reglamentaria que comento merece surge de la redacción de su último inciso, en el que se habla de «asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación». Entendido en su literalidad resultará que se niega efectividad a los asientos vigentes posteriores al de dominio o derecho real afectado por la anotación de prohibición, pese a ser anteriores a dicha anotación. Esto ha de considerarse insostenible y derivado sólo de una defectuosa redacción. En efecto, raya en el absurdo el privar de efectos a las hipotecas inscritas y a los embargos anotados con posterioridad al dominio de la finca, pero antes de practicada la anotación de prohibición que afectase a aquel dominio. De la doctrina y de la jurisprudencia (Resoluciones de 5 de febrero de 1896 y 7 de febrero de 1959) se desprende que el que da la pauta para determinar los asientos preferentes es el de la propia anotación y no el de dominio o derecho real afectos por ella. Por otro lado, el precepto extiende el cierre registral sólo a los «actos dispositivos», por lo que no será obstáculo la anotación de prohibición para que posteriormente a ella pueda extenderse una anotación de embargo o de demanda (CHICO-BONILLA: *Apuntes...*, tomo II, pág. 204). Con ello, y considerando esta normativa aplicable a las prohibiciones de disponer voluntarias, encontramos un nuevo argumento más a favor de la viabilidad de tales anotaciones, pese a la existencia de una prohibición inscrita, problema del que me he ocupado en un apartado anterior.

b) *Acreedores sin derecho inscrito*

Aquí conviene separar entre aquellos acreedores que lo son del titular anterior, imponente de la prohibición, de aquellos otros que lo sean del titular actual gravado con ella.

1.º Acreedores del imponente de la prohibición. Por puro derecho civil (doctrina del fraude de acreedores) los derechos de éstos no pueden quedar vulnerados por la transmisión posterior al nacimiento de su crédito, hecha por el deudor, imponiendo al adquirente una prohibición de disponer, pues tal transmisión podrá ser resuelta si aquéllos demostrasen que se hizo en fraude de sus derechos. Hipotecariamente, la solución correcta es a mi juicio la siguiente:

Uno. Si la prohibición de disponer se impuso en una transmisión hereditaria, como la herencia no se hubiese aceptado a beneficio de inven-

tario, nada podrá obstar a las enajenaciones judiciales de los bienes adjudicados a los herederos, realizadas en méritos y a instancia de los acreedores del causante (art. 1.084 CC).

El principio de que antes es pagar que heredar no puede quedar desvirtuado por una actuación incorrecta de los herederos. En efecto, si los herederos no incluyen en la liquidación realizada a propósito de las operaciones particionales determinadas deudas del causante, esta arbitraria eliminación, a la que es ajena la voluntad de los correspondientes acreedores, no puede constituir perjuicio para éstos. Si en la partición de la herencia pueden ser adjudicadas, en pago de deudas, fincas afectas a prohibiciones de disponer impuestas por el testador, libres de tal afección, no ha de verse obstáculo alguno en que por la inadecuada omisión de un crédito la actuación de referencia pueda ser realizada en un momento posterior al acto formal de partición. Sostener lo contrario sería dejar a la exclusiva discreción de los herederos la efectividad de los derechos de los acreedores de la herencia, puesto que no hay norma que exija contar preceptivamente con éstos para realizar la partición.

Dos. Si la prohibición de disponer se impuso en una donación, la actuación de los acreedores del donante a fin de salvaguardar sus créditos se ciñe a la posibilidad de acudir al ejercicio de la acción revocatoria (a cuyo efecto tendrán a su favor todas las presunciones legales de la existencia del fraude). Prosperando dicha acción, la correspondiente sentencia firme será título bastante para cancelar la donación, lo que naturalmente comportará la desaparición de la cláusula prohibitiva.

2.º Acreedores del titular actual gravado con la prohibición.

Nuevamente conviene aquí distinguir entre:

Uno. Los acreedores ordinarios, respecto de los cuales hay que entender que toda enajenación judicial que a su instancia se realice ha de ser rechazada, y ello no por el peligro de procesos fingidos, sino porque estando inscrita la prohibición desde el momento mismo del acto adquisitivo a favor del deudor, los acreedores la conocieron o debieron conocer y no podrán pretender ignorarla.

Dos. Acreedores especiales. Con ello me refiero a aquellos créditos que necesariamente han de producirse, entre los que destacan: los débitos fiscales (contribución territorial rústica y urbana; el impuesto municipal de plusvalía coetáneo a la adquisición; las liquidaciones procedentes por el Impuesto de Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, en exenciones provisionales anteriormente concedidas en las que la nota de afección se olvidó o no se pudo consignar; las derivadas de revisión

extraordinaria de exenciones indebidamente concedidas; las liquidaciones por impuestos directos, etc.).

Aclarado esto, nos importará dar solución al problema de si, existiendo una prohibición, han de admitirse o no las enajenaciones forzosas realizadas para dar satisfacción a cualquiera de los referidos créditos especiales u otros cualesquiera análogos; la postura que debe adoptarse entiendo que es la afirmativa.

Los créditos fiscales de referencia, especialmente la contribución territorial, son créditos a devengarse necesariamente y con la periodicidad que su ley reguladora les señala; y no hay pacto, negocio, convenio o situación (salvo en casos especialísimos de exenciones previstas en la ley del impuesto) que tenga la virtualidad de excluir su devengo.

Sobre esta base, y partiendo de la idea de que la razón fundamental en que descansa la jurisprudencia que niega acceso al Registro a las enajenaciones judiciales, si la finca sobre la que la ejecución recae está sujeta a una prohibición de disponer, es la necesidad de evitar procesos fingidos, no cabe sino razonar que el fundamento de esta negativa no puede prosperar en los casos que examino, donde no es posible la simulación ante un crédito cuya existencia, certeza y exigibilidad no depende en nada de la voluntad del deudor.

Negar la posibilidad y los plenos efectos a dicha ejecución por el débito fiscal impagado supondría conceder en estos casos al titular de los bienes un derecho anómalo a paralizar el procedimiento de apremio, que iría contra toda justicia y obligaría a la Administración a dirigirse contra otros bienes del deudor (si existiesen), perdiendo entonces la preferencia que le atribuye el artículo 73 de la Ley General Tributaria.

En el recurso que dio origen a la Resolución de 21 de abril de 1949 el Registrador en su informe, para el caso de contribución territorial, defendió la posibilidad de enajenación.

Si admitimos la enajenación para pago de débitos fiscales, queda un último problema por resolver: el adjudicatario de los bienes, ¿los recibirá libres de la prohibición o gravados con ella?

Si la prohibición de disponer la configuramos como un contenido más del Registro previo al derecho del Estado, dado que todas las enajenaciones para pago de créditos se realizan siempre respetando los derechos inscritos con anterioridad, habría que entender que la finca ha de adjudicarse gravada con la prohibición. Pero esto no es sostenible, pues:

- Supone hacer al Estado (piénsese que la Hacienda pública puede ser la adjudicataria de los bienes) de peor condición que los demás acreedores, que como ya hemos visto, en los casos en que se permite le sean adjudicados en pago de sus

créditos bienes afectos a una prohibición, los reciben libres de ella, pues de otro modo el pago no tendrá utilidad.

- Incurre en el absurdo de que después de ser violada la prohibición (con la enajenación en apremio) se obliga a respetarla.
- Supondría una minoración tal del bien en cuestión que sería verdaderamente problemático encontrar adjudicatarios que lo rematasen.

Por todo ello estimo que la adjudicación ha de realizarse en concepto de libre. La prohibición de disponer cesa en sus efectos desde el momento en que una causa tiene virtualidad para privarla de eficacia, sin que pueda sostenerse que, desaparecida, tenga luego la fuerza de surgir nuevamente en una insólita resurrección. De otro lado, es axiomático el que el fundamento de las prohibiciones de disponer desaparece cuando los bienes afectos han podido pasar por cualquier causa legal a manos de terceras personas (así, en la expropiación forzosa), por la fundamental razón de que el imponente no pudo nunca vincularlas, y porque al sufrir una mutación absoluta la situación tenida por él en cuenta para establecer la prohibición queda desfigurado el contenido de su voluntad.

Habrá que reconocer que esta tesis que postulo puede acarrear la grave consecuencia de abrir con ella una vía perfecta para violar las prohibiciones de disponer, bastando para lograr tal objetivo el que el gravado deje de pagar el correspondiente impuesto y concurra posiblemente por persona interpuesta a la subasta adjudicándose la finca libre de la prohibición; pero ello, aparte de no ser fiscalmente barato, no es un argumento sólido para sustentar la tesis negativa. En el caso que vengo examinando lo que se trata es de una colisión de intereses protegibles: el del respeto a la voluntad particular del imponente, con toda la secuela de intenciones y contenidos que quiera entenderse que comporta, y el derecho del Estado de no ser privado de sus garantías y medios de ejecución para el cobro de los impuestos y tributos; y entiendo, y por ello creo que debe triunfar la tesis permisiva, que este último interés debe prevalecer siempre sobre el primero.

Por último, y respecto a los descubiertos fiscales anteriores a la constancia registral de la prohibición de disponer, la enajenación en vía de apremio será perfectamente inscribible, porque:

- entran dentro del concepto de acreedores del titular anterior imponente de la prohibición, y en el apartado destinado a ellos ya tengo expuesta mi argumentación al respecto; y

- porque, en todo caso, cualquiera que sea el origen de la prohibición, el contenido del artículo 73 de la Ley General Tributaria es claro y tajante: el Estado, por contribuciones que graven periódicamente bienes inscribibles en cualquier Registro, tiene preferencia sobre todo acreedor o «adquirente», al menos en cuanto a la última anualidad y parte vencida de la corriente.

LOS DERECHOS DE SUPERFICIE Y ELEVACIÓN Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

A) *El derecho de superficie*

El superficiario ostenta los siguientes derechos:

Uno. Sobre el suelo, un derecho real en cosa ajena.

Dos. Sobre el edificio que construya, un derecho de dominio temporal.

Tanto uno como otro extremo son base suficiente para impedir la inscripción del derecho de superficie, constando en el Registro una prohibición de disponer o enajenar.

B) *El derecho a elevar plantas o construirlas bajo el suelo*

Puesto que con la concesión de tal derecho surge para su titular un dominio permanente de lo edificado y la necesaria constitución de un régimen de propiedad horizontal afectante a la totalidad del edificio, tal actuación hay que entenderla terminantemente excluida.

Sobre si cabe inscribir un derecho a elevar constituido, de forma que el titular se comprometiese a no ejercitarlo hasta que hubiesen cesado los efectos de la prohibición, entiendo que ello es factible, siempre que la prohibición no alcance a comprender los actos de gravamen, pues, en otro caso, siendo el derecho a elevar un gravamen actual, quedaría indefectiblemente comprendido dentro de los actos prohibidos.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ