

Las prohibiciones de disponer voluntarias: Extinción y cancelación⁽¹⁾

SUMARIO: Extinción anterior a la inscripción. Por voluntad de los herederos gravados. El pago de legítimas, deudas y gastos.—Extinción posterior a la inscripción: A) Resolución judicial firme recaída en juicio declarativo. B) Enajenación forzosa por causa de utilidad pública. La expropiación forzosa. La reparcelación urbanística. La edificación forzosa de solares. La concentración parcelaria y las fincas manifiestamente mejorables. C) Transcurso del plazo cierto o incierto fijado al establecer la prohibición. D) Acaecimiento del evento previsto expresamente por el imponente como causa extintiva. E) Extinción por voluntad del que la impuso. ¿Puede atribuirse esta facultad a otra persona? Coasociación para consentir la enajenación en principio prohibida. Prohibición de disponer mientras vivan el donante y su cónyuge. Un caso especial: Extinción de la cláusula prohibitiva por la actuación conjunta del patronato de la fundación y del protectorado. F) Extinción de la prohibición por voluntad del favorecido con ella.

Los efectos de las prohibiciones de disponer pueden quedar extinguidos antes de ingresar éstas en el Registro o en un momento posterior. Parecería que la extinción producida en el primero de los momentos señalados, al ser la materia ajena a los contenidos del Registro, debe escapar a la calificación registral. Esto que en cierta medida es así (el Registrador no podrá calificar en los títulos inmatriculables las declaraciones que, acerca de la extinción de una prohibición, contenida en los antetítulos, hagan los interesados, entre otras fundamentales razones porque dándose el requisito del año reglamentario, el antetítulo no ha de calificarse y queda a la responsabilidad de las declaraciones que las partes hagan al respecto), no lo es cuando la prohibición se contiene en el título inscribible. En efecto, impuesta en un testamento una prohibición y declarada su extinción por los interesados, puesto que la volun-

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

tad del testador es ley de la sucesión, el Registrador habrá de calificar si la referida extinción se ajusta en lo sustantivo y en lo formal a las normas legales, como medio para determinar si aquella voluntad del testador ha sido o no debidamente cumplida.

Por todo ello conviene examinar tanto la extinción de los efectos de las prohibiciones de disponer que se produzca en un momento anterior a la inscripción del acto que las contenga, como aquella otra que acaezca con posterioridad a la misma.

EXTINCION ANTERIOR A LA INSCRIPCION

El supuesto, como ya tengo anticipado, ha de referirse singularmente al caso de prohibiciones de disponer impuestas en testamento. Sobre tal extremo paso e examinar los siguientes puntos:

A) *¿Pueden los herederos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes prescindir de la prohibición de disponer impuesta por el testador?*

Aunque tales herederos pueden, por disposición legal, partir la herencia en la forma que tengan por conveniente, tienen en dicha actuación marcados dos claros límites: la voluntad del testador y la ley; y por razón de la primera limitación no podrán prescindir caprichosamente de la prohibición establecida.

Cabría preguntarse si podrán los herederos no tener en cuenta la prohibición por considerarla, justificadamente, establecida con infracción de la ley y, por lo tanto, nula de pleno derecho. Salvo alguna precisión que luego haré, la solución al interrogante ha de ser igualmente la negativa, como se desprende del contenido de la Resolución de 14 de octubre de 1932. La nulidad, si se produce, habrá de ser apreciada por el Juez a instancia de los interesados. Y todo ello es lógico, pues si la prohibición puede establecerse (como es normal) en beneficio de personas distintas al gravado, resultaría absurdo admitir que la arbitraria voluntad de este último tenga fuerza sin más para dejar sin efecto las legítimas expectativas de aquéllos.

B) *¿Pueden los herederos interpretar los términos de la prohibición impuesta?*

En principio, si la cláusula prohibitiva no es clara, no cabrá negar dicha posibilidad de interpretación a los herederos, pero tal interpretación habrá de ser rechazada cuando tienda o persiga dejar sin efecto la propia prohibición.

C) *¿Cesan los efectos de la prohibición cuando los bienes sobre los que se impone son destinados en la partición al pago de las legítimas de los herederos forzosos?*

La respuesta a esta cuestión ha de ser la afirmativa y ello porque civilmente sobre las legítimas no puede imponerse gravamen, condición ni limitación alguna; y porque resulta, además, harto dudoso el que el Registrador pueda calificar la procedencia o no de la imputación de un bien determinado a cada uno de los tercios que integran la herencia. En sentido negativo a esta última posibilidad se pronuncia la Resolución de 19 de septiembre de 1929, que después veremos.

Así el Registrador debe considerar irreprochable y no podrá negarse a inscribir una partición similar a la que ofrezco como tipo:

El caso es el de un heredero único instituido universalmente con prohibición de disponer dejando a salvo la legítima y mejora.

Se inventariarían los siguientes bienes:

(1) Alhajas. Se valoran en	100.000 pesetas
(2) Metálico. Se valora en	500.000 »
(3) Muebles y ajuar. Se valoran en	150.000 »
(4) Finca urbana. Se valora en	400.000 »
(5) Finca urbana. Se valora en	400.000 »
(6) Finca rústica. Se valora en	200.000 »
(7) Explotación rústica	500.000 »
TOTAL	2.250.000 pesetas

Se realizan las siguientes adjudicaciones:

— Legítima amplia (2/3)	1.500.000 pesetas
Y para su pago se adjudican en pleno dominio los bienes inventariados con los números 4, 5, 6 y 7.	
— Tercio libre	750.000 »
Y para su pago, gravados con la prohibición de disponer, se adjudican los conceptos de los números 1, 2 y 3 del inventario.	
TOTAL	2.250.000 pesetas

Ha de tenerse en cuenta, además, que, por no ser materia de calificación registral la corrección o no del avalúo de los bienes inventariados, el caso tipo descrito, podrá ofrecer otras variantes, como ocurriría en los supuestos en que a través de la supravaloración de una finca que previsiblemente no va a ser enajenada se hace recaer exclusivamente sobre ella la prohibición, adjudicándose las demás fincas como libres al estar comprendidas en la porción legitimaria.

D) *¿Cesan los efectos de la prohibición cuando los bienes sobre los que ha de recaer son destinados al pago de las deudas de la herencia, o a cubrir los gastos causados por la partición?*

Las Resoluciones de 7 de octubre de 1896 y 19 de septiembre de 1929, con base al apotegma jurídico de que antes es pagar que heredar, han permitido el que, pese a la prohibición de disponer testamentaria, puedan ser enajenados (o adjudicados para pago) los bienes necesarios para pagar a los acreedores (Resoluciones citadas) y satisfacer los gastos de partición (Resolución de 16 de septiembre de 1910). Si bien, como precisó la Resolución de 27 de mayo de 1915, en tales casos se hace precisa la previa liquidación de la herencia para determinar la necesidad o no de la enajenación con fines solutorios.

Esta posibilidad de enajenación permite sin mucho esfuerzo la comisión de fraudes cuya impugnación resulta realmente difícil. Así, bastaría simular gastos de partición no causados o bien adjudicar bienes para pago de acreedores ficticios (que en realidad no serían sino auténticos compradores de bienes de herencia), para a través de las enajenaciones destinadas al pago de tales conceptos hacer cesar los efectos de la prohibición.

Sobre este punto tienen que volver a resaltarse las limitadas facultades calificadoras del Registrador, que no pueden extenderse a la procedencia o no de la elección de determinado bien para enajenarlo o adjudicarlo en o para pago de deudas. En tal sentido se pronuncia la Resolución de 19 de septiembre de 1929.

En el caso planteado por dicha resolución una testadora prohibió vender o hipotecar ciertas fincas a su hijo y heredero, disponiendo sobre ellas una sustitución fideicomisaria a favor de sus dos nietos hijos del anterior. Realizaron la partición el heredero y el defensor judicial de los dos nietos sustitutos fideicomisarios, a la sazón menores de edad, siendo ésta aprobada judicialmente. En ella se destinaron al pago de deudas ciertos bienes, entre ellos las fincas a las que la prohibición y sustitución afectaba, siéndole adjudicadas al heredero en concepto de completamente libres de toda afección, limitación o gravamen.

El Registrador denegó la inscripción solicitada, alegando entre otras cosas en su informe, que siendo de consideración el activo hereditario, podían haberse destinado para el pago de deudas bienes no afectados por las limitaciones impuestas en el testamento, cumpliéndose así armónicamente con la voluntad del causante y con los derechos de los acreedores. Entendía el funcionario calificador que sólo podía acudir a los bienes afectos en la parte en que los libres no alcanzasen a cubrir legítimas y deudas.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota.

La Dirección General de Registros y del Notariado revocó el auto del Presidente y declaró inscribible el documento.

Queda, por último, indicar que también acudiendo a retorcidos procedimientos puede ser dejada sin efecto la prohibición de disponer, y que aún a pesar de ser descubiertos en la calificación, resulta imposible formular con base legal una postura condenatoria de ellos. Ello ocurrirá cuando siendo la prohibición una de aquellas que sólo despliegan sus efectos durante la vida del heredero o herederos gravados, convengan éstos, a cambio de su renuncia a la herencia, la venta clandestina de todos los bienes que la integran con los sucesores *ab intestato* del causante a quienes habrán de ir los bienes en virtud de tal renuncia (que nunca podrán ser los mismos renunciantes, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.009 del Código Civil). En tal caso no puede ofrecer duda el que dichos sucesores *ab intestato* recibirán los bienes libres de la prohibición, pues salvo que la apertura de la sucesión intestada se produzca de un modo parcial, no puede sostenerse que el testamento haya de seguir surtiendo efectos en una sucesión que la ley abre y regula precisamente por la ineficacia de la disposición testamentaria. Si en el testamento hubiese prevista una sustitución vulgar, creo que entonces aquella renuncia de los herederos primeramente llamados no tendría la consecuencia de privar de efectos a la prohibición, pues los sustitutos vulgares han de considerarse herederos del causante y a su adquisición le han de ser aplicadas las mismas disposiciones testamentarias que normaban la de los designados en primer lugar.

EXTINCION POSTERIOR A LA INSCRIPCION

Una vez debidamente inscritas las prohibiciones de disponer, pueden cesar en sus efectos por las siguientes causas:

A) *Resolución firme judicial que en juicio declarativo ordene su cancelación.*

De las Resoluciones de 7, 14 y 21 de mayo de 1929, que luego comentaré, se desprende la innecesidad de que el referido juicio tenga como objeto central o único la nulidad, revocación o cualquier tipo de ineficacia de la prohibición de disponer, bastando con que el Juez en su fallo ordene la cancelación (y entiendo que no se ha de ser excesivamente formalistas en exigir que conste la palabra «cancelar»), recogiendo una petición de parte que es posible no haya surgido en la demanda, sino en un momento posterior a ella (en los casos de las Resoluciones

dichas surgió en la vía de reconvención) y como un asunto colateral al que realmente motiva el litigio, aunque conexo con él.

Declarada la nulidad o ineficacia de una prohibición y siendo procedente su cancelación, ¿en qué situación ha de quedar el acto que la contiene?: Si consideramos aplicables a las prohibiciones las normas dictadas a propósito de las condiciones, tendremos que:

1.º En los *actos «mortis causa»*, por su irrepetibilidad, la nulidad de la prohibición no afectará a la validez del resto de las disposiciones testamentarias (arts. 792 y 786 del Código Civil).

2.º En los *actos «inter vivos»*, singularmente donaciones, la nulidad de la prohibición parece que habrá de llevar consigo la nulidad del propio acto que las contenga (art. 1.116, en relación con el art. 621, ambos del Código Civil).

En otro caso tendremos que inclinarnos, bien por la validez del acto en todo supuesto, bien por su nulidad sin distingos. Me inclino por esa primera solución, en analogía con lo dispuesto en el artículo 641 del Código Civil, respecto a la nulidad de la cláusula reversional contenida en una donación, y en el artículo 786 para las sustituciones fideicomisarias.

El procedimiento hábil para acordar la ineficacia y cancelación de una prohibición de disponer es, según reiterada jurisprudencia, el del juicio declarativo, y el título idóneo para practicar tal cancelación será el testimonio de la sentencia firme recaída en el mismo.

En consecuencia, los expedientes dados en jurisdicción voluntaria no alcanzan a tener, por el contrario, dicho efecto cancelador. Así, los efectos de la prohibición de disponer no cesan:

- a) Ni a través de un expediente de dominio reanudador de tracto.
- b) Ni mediante una autorización judicial para vender, obtenida con ocasión de encontrarse interesados en la enajenación menores no emancipados, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 166 del Código Civil. Así se precisó en las Resoluciones de 16 de septiembre de 1929, 23 de julio de 1924 y 22 de junio de 1943.

B) *Enajenación forzosa por causa de utilidad pública.*

Si la utilidad privada suscita serias dudas en torno a si es fundamento suficiente para quebrantar los efectos de una prohibición inscrita (extremo del que ya he tratado por extenso al estudiar las enajenaciones judiciales en un trabajo anterior), por el contrario, la utilidad o interés público ha de ser entendido como motivo suficiente para justificar y hacer viable aquel quebrantamiento.

Pese a constar inscrita en el Registro una prohibición de disponer,

podrán, pues, ser inscritas las enajenaciones forzosas cuya base sea la utilidad pública, entre las que destacan como fundamentales:

- las producidas por expropiaciones forzosas;
- las derivadas de operaciones de parcelación y reparcelación urbanística;
- las de edificación forzosa de solares,
- y las que lleva consigo el procedimiento de concentración parcelaria.

Paso a ocuparme de tales casos.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

De los artículos 3 y 4 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, y de las Reglas 2.^a y 5.^a del artículo 32 del Reglamento Hipotecario resulta que el expediente de expropiación forzosa debe entenderse con el titular registral o con quien justifique ser su causahabiente y además con los titulares de derechos reales o situaciones inscritas, los cuales deberán ser citados preceptivamente en el expediente. A tales efectos el Registrador certificará del dominio y cargas, practicando la oportuna nota marginal (art. 32 RH, regla 1.^a).

¿Qué ha de ocurrir si el titular registral expropiado tiene su dominio afecto a una prohibición de disponer?

Con absoluta claridad resulta de la legislación especial que la prohibición para nada obsta al procedimiento expropiatorio. Dice el artículo 8 de la Ley de Expropiación Forzosa que «la cosa expropiada se adquirirá libre de cargas», añadiendo el artículo 53 que el acta de pago y ocupación, o la de ocupación acompañada del justificante de la consignación, será título bastante para que se verifique «la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afecta la cosa expropiada» y con mayor claridad el artículo 32 del Reglamento Hipotecario en su regla 5.^a habla de la cancelación del «dominio, y las cargas, gravámenes, derechos reales y *limitaciones de toda clase*».

El procedimiento expropiatorio tiene, pues, una eficacia cancelatoria absoluta.

Todos los asientos registrales de fecha anterior se cancelarán si así lo ordena específicamente el título y sus titulares fueron citados en el expediente y concurrieron al pago o se consignó el precio (art. 32). El mismo título expresará aquellos asientos que por ser considerados por la Administración compatibles con la expropiación deban subsistir (artículo 8 LEF, art. 32 RH y arts. 9 y 62 Reglamento de Expropiación Forzosa, de 26 de abril de 1957).

Respecto de los asientos practicados con posterioridad a la nota marginal de expedición de cargas, su cancelación se realizará de forma indiscriminada, sin necesidad de que los interesados en ellos sean citados en el expediente expropiatorio.

La prohibición de disponer contenida en cualquiera de estos asientos (anterior o posterior) se cancelará con el mismo asiento que la contenga.

Pero conviene dar solución a ciertos extremos que podrían ocasionar dudas.

1.º Si la prohibición de disponer expresa de forma indubitada quiénes son las personas a las que el imponente intenta beneficiar con su establecimiento, ¿es preciso que tales personas sean citadas en el expediente expropiatorio a los efectos previstos en el artículo 4 de la Ley de Expropiación Forzosa?

En mi opinión, no es necesario, pues el aludido precepto sólo impone la citación respecto de «los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable» y las prohibiciones, por mucho que quiera extenderse su contenido, no alcanzan a conseguir tal entidad.

2.º Cuando el expediente expropiatorio concluye con la adquisición amistosa del bien expropiable, por mutuo acuerdo de los interesados, ¿debe atribuírsele idéntica virtualidad cancelatoria? ¿Cabrán inscribir la correspondiente escritura de venta pese a constar inscrita una prohibición de disponer?

La solución ha de ser la afirmativa, y ello porque:

a) La adquisición, aun en el caso de venta amistosa, se sigue produciendo por vía de expropiación forzosa, como lo muestra el hecho de que el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa hable de que en tales casos se dará por «concluido» el expediente, pero nada dice de que el tal expediente quede sin efecto.

b) Ese mutuo acuerdo, según expresa el citado artículo 24, puede concluirse en cualquier estado de la tramitación del expediente, aun en sus postrimerías, por lo que sería absurdo rechazar su fuerza cancelatoria, desde el momento en que resulta posible que al llegarse al mutuo acuerdo, se hubieren cubierto ya la práctica totalidad de las fases del expediente expropiatorio.

c) Y porque la adquisición amistosa, a la que sólo podrá llegarse una vez reconocida formalmente la necesidad de ocupación, según previene el artículo 25 del Reglamento de Expropiación Forzosa, viene cubierta, además de con éste, con otra serie de requisitos que el referido precepto fija (informes sobre valoración, acuerdo de autoridad expro-

piante, etc.), que muestran a las claras el hecho de que no estamos ante una venta ordinaria, sino ante una auténtica expropiación que concluye por la vía, deseable y administrativamente aconsejable, del mutuo acuerdo; y tal circunstancia no puede servir para negarle a esta adquisición ni uno solo de los efectos que le son propios a la expropiación que concluye sin tal acuerdo.

3.º En tercer lugar, si por no establecerse la obra o el servicio que motivó la expropiación, o cuando establecidos quede sobrante alguna parte de los bienes expropiados, revierten los bienes al primitivo dueño, ¿hay que entender que renace la prohibición antes existente, junto con todas las situaciones jurídicas anteriores?

De los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 al 70 del Reglamento de Expropiación Forzosa, que son los que regulan este derecho de reversión, se desprende que el primitivo dueño adquiere los bienes libres de toda carga, y ello es lógico, pues tal reversión implica una nueva compra que el titular anterior hace al expropiante abonándole el correspondiente precio, por lo que su adquisición se hará con las mismas cargas que afectaban al dicho expropiante, entre las cuales, naturalmente, no se encontraba ninguna prohibición de disponer.

4.º Por último, ¿queda afecta la indemnización recibida a cambio de los bienes expropiados por la prohibición de disponer que recaiga sobre éstos?

Aunque el problema no tiene clara solución en la legislación especial, entiendo que desde el punto de vista registral no tiene transcendencia alguna, pues tal extremo no puede ser calificado por el Registrador ni este funcionario podrá exigir que la cantidad recibida quede sujeta a la correspondiente prohibición.

LA REPARCELACIÓN URBANÍSTICA Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

a) Prohibiciones de disponer inscritas en el Registro con posterioridad a la certificación registral de cargas y correspondiente nota marginal de reparcelación a que se refiere el artículo 21 del Reglamento de Reparcelaciones, de 7 de abril d 1966.

Tales prohibiciones serán canceladas juntamente con el asiento que las contenga, cuyo titular no ha de ser ni siquiera citado en el expediente, según se deduce del mencionado artículo 21. En igual sentido, el artículo 27 del mismo Reglamento.

b) Prohibiciones inscritas en el Registro con anterioridad a la práctica de aquella nota marginal.

Estas plantean los dos siguientes problemas:

1.º El de si tienen la fuerza de impedir el procedimiento de reparcelación.

Parece que si la reparcelación tiene carácter voluntario, a la prohibición de disponer ha de serle atribuida la eficacia de impedirlo.

Por el contrario, «si la reparcelación tiene carácter obligatorio, sus disposiciones serán de aplicación no obstante los defectos de capacidad, limitación de la facultad de disponer o demás circunstancias que condicionen o prohíban las transmisiones de la finca en situación normal». Así lo señala el artículo 2 del Reglamento de Reparcelación, que añade que «en los casos comprendidos en el número anterior, y según los preceptos correspondientes de la legislación general de expropiación forzosa, representará a los interesados, en su caso, el Ministerio Fiscal, y las cantidades que hubieren de ser satisfechas, si procediere, se consignarán en el Juzgado o se depositarán en la Caja General de Depósitos a favor de quienes acrediten ser sus dueños».

Estas últimas prevenciones, perfectamente aplicables a los supuestos de incapacidad, o a ciertas situaciones de indisponibilidad (pseudo-usufructos, sustituciones fideicomisarias, donaciones con cláusula reversional, etc.), entiendo que no son en absoluto de aplicación a los casos de prohibición pura y simple de disponer, y ello:

— Porque los preceptos de la legislación de expropiación forzosa a los que la norma se remite, integrados por los artículos 5 y 6 de la Ley de Expropiación Forzosa, aluden a la intervención del Ministerio Fiscal y a la consignación de cantidades en los casos en que se trate de incapacitados o de titulares que «no puedan enajenar sin permiso o resolución judicial los bienes que administren o disfruten», con lo que no parece estar refiriéndose a las prohibiciones de disponer.

— Porque aunque la prohibición pueda designar las personas a quienes se pretende beneficiar, tales personas ni ostentan derecho subjetivo ni interés económico que justifique su consideración de «interesados en los bienes».

— Porque en el caso de las prohibiciones sería absurdo depositar cantidades «a favor de quienes acrediten ser sus dueños», pues hay un dueño indubitado: el titular gravado; y sin que pueda pretenderse conceder a los beneficiados por la prohibición derecho alguno a la percepción de parte de dichas cantidades.

En conclusión, la prohibición de disponer inscrita en el Registro no impide el procedimiento «obligatorio» de reparcelación ni exige en él actuaciones especiales como las que se producen en los casos de incapacidad o análogos.

2.º ¿Por el procedimiento de reparcelación se extingue la prohibición de disponer o va a pasar a los nuevos lotes adjudicados en sustitución de los afectos?

El texto del artículo 100 de la Ley del Suelo induce a pensar en esta pervivencia al señalar que el efecto típico de la reparcelación es la «subrogación, con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas» (id. art. 31 del RR).

Pero creo que son más los argumentos que están a favor de la extinción definitiva de la prohibición, entre los que debo citar los siguientes:

— El carácter no siempre uniforme de las motivaciones por cuya causa se imponen las prohibiciones de disponer. En efecto: en algunos casos, quizás la mayoría, las prohibiciones tienen su base en fundamentos subjetivos, imponiéndose por el deseo del testador o donante de que los adquirentes no hagan un mal uso de los bienes recibidos, con independencia de cuáles sean éstos; pero por contra, en otros supuestos la prohibición tiene un marcado tinte objetivo, la relación que une al transmitente con los bienes que ahora cede; el valor de afección que aquél le atribuye a éstos, es la razón motivadora del establecimiento de la prohibición. Pues bien, en este último caso no ofrece duda de que desaparecidos esos bienes la causa de la prohibición cae por su base y ésta debe de considerarse extinguida. Justamente esto es lo que de ordinario se produce en las reparcelaciones, pues, aunque no insólito, sí será extraordinario que al propietario se le adjudiquen precisamente los mismos bienes que poseía. Si para las prohibiciones que podríamos denominar de causa objetiva ha de mantenerse la extinción de la prohibición en caso de producirse una mutación en los bienes afectos, no puede sostenerse solución diferente para las demás prohibiciones de causa subjetiva, porque ello comportaría el desarrollo de una casuística interminable, y la imposición al funcionario calificador de una función indagatoria extraordinaria, que a todas luces escapa de la esfera de sus competencias, y que, por otra parte, en numerosos casos nunca daría lugar a resultados seguros.

— Si conforme al último inciso del artículo 102 de la Ley del Suelo «se aplicarán supletoriamente a la reparcelación las normas de la expropiación forzosa» y en ésta, como hemos visto, los bienes expropiados se adquieren libres de toda prohibición, igual criterio habrá de mantenerse en aquel caso. En la normativa anterior a la reforma de 1975 se insistía expresamente en el efecto expropiatorio de la reparcelación.

— Que de mantener la continuación de la prohibición, tal postura no podría sostenerse de forma absoluta, pues en todo caso habría que admitir su extinción al menos en lo que afecta a los terrenos de cesión

obligatoria que por disposición del artículo 31 del Reglamento de Reparcelación, han de quedar libres en todo caso.

— Que la conservación de la prohibición se compagina mal con uno de los efectos que el artículo 100 de la Ley del Suelo señala para la reparcelación: «la afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente».

El problema, no obstante, debería presentarse al Registrador ya resuelto, por cuanto en estos supuestos el título inscribible es la certificación literal del acuerdo firme de reparcelación (art. 34 RR), y una de las inexcusables circunstancias que ha de contener tal acuerdo, conforme al artículo 24 del Reglamento de Reparcelación son las «cargas, gravámenes y *situaciones jurídicas* que pesaren sobre las fincas afectadas (por la reparcelación) con referencia a dicho Registro (el de la Propiedad) y *especificación* de las que deban pasar por subrogación a las nuevas fincas o cancelarse». El órgano actuante debería, conforme a este precepto, pronunciarse expresamente sobre las prohibiciones de disponer que afectasen a la finca como una *situación jurídica* de la misma.

LA EDIFICACIÓN FORZOSA DE SOLARES Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Conforme al artículo 154 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976, el propietario de solares debe emprender la edificación dentro del plazo fijado en el Plan o Programa de Actuación Urbanística, o en su defecto en el que señala el mismo artículo y el siguiente.

Transcurrido este plazo sin haberse cumplido la obligación de edificar (exigiéndose al menos que se haya emprendido), la parcela queda inmediatamente incurso en venta forzosa y será individualizada e inscrita por el Ayuntamiento de oficio o a instancia de cualquier persona en el Registro Municipal de Solares (art. 156 LS). Pero habrá que tener en cuenta que, con anterioridad a la vigencia de esta norma, la inclusión de los solares en tal Registro se producía siempre que mediare acuerdo obligando a la edificación forzosa de una finca en plazo no superior a cinco años, o cuando falten por transcurrir esos cinco años si el plazo fuese superior (art. 9 Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares de 5 de marzo de 1964). En el antiguo sistema la inclusión de un solar en el Registro Municipal se producía, pues, con carácter previo al estado del mismo en venta forzosa y los trámites a seguir eran los siguientes:

1.º Solicitud del Registro Municipal al de la Propiedad (bien directamente o a través de la persona interesada), de la manifestación de las cargas, gravámenes y situaciones jurídicas inscritas y datos personales de sus titulares, así como de datos de la inscripción (pues todas estas circunstancias han de contenerse en el Registro Municipal de Solares, de conformidad con el art. 10 REF y RMS) y porque, además, la incoación del procedimiento de inclusión del solar en el Registro ha de ser notificada a los titulares de derechos reales y situaciones jurídicas inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, según dispone el apartado b) del artículo 15 del mismo Reglamento.

2.º Reaído acuerdo firme sobre inclusión del solar en el Registro Municipal se remitía al Registro de la Propiedad certificación literal del mismo para que se tomase razón de ello a través de una nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca; nota que tendrá una vigencia de cinco años (art. 18 REF y RMS).

Si la finca no está inmatriculada o no consta inscrita a nombre de su propietario será tomada anotación preventiva que caducará a los cuatro años de su fecha (art. 19 REF y RMS).

Esta última posibilidad supone una profunda alteración de normas hipotecarias, pues, en primer lugar, se permite la práctica de la anotación preventiva aun en el caso de falta de tracto registral (extremo que el Reglamento Hipotecario sólo contempla excepcionalmente en su artículo 103), y en segundo término se consagra una vigencia extraordinaria de cuatro años cuando el artículo 96 de la Ley Hipotecaria señala un plazo de sesenta días prorrogables hasta ciento ochenta. Lo primero puede aún admitirse, pero es harto dudosa la segunda desviación, pues supone la derogación de una Ley por un simple Reglamento.

3.º Declarado el incumplimiento de la obligación de edificar, y una vez firme dicho acuerdo, el Ayuntamiento remite el expediente incoado al Registro de la Propiedad, haciéndose constar en él la resolución declaradora del incumplimiento por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca. Practicada esta nota, el Registrador comunicará de oficio al Ayuntamiento los cambios de titularidad y las modificaciones objetivas de la finca que se inscriban (art. 27 REF y RMS). El solar estará en situación de venta forzosa.

Habrà que entender que a partir de la vigencia de la Ley del Suelo esta última obligación corresponde al Registrador una vez que se haya extendido la nota de inclusión en el Registro Municipal.

La enajenación de los solares en situación de venta forzosa abre sus cauces a través de dos diferentes vías:

- La enajenación forzosa.
- La voluntaria.

1. Enajenación forzosa. Esta puede producirse mediante dos diferentes fórmulas que tienen una aplicación sucesiva en el tiempo.

a) La expropiación por el Ayuntamiento, bien de oficio y para sí con obligación de edificar, o bien a instancia de cualquier persona que desee adquirir la finca con el compromiso de edificarla, a cuyo efecto el Ayuntamiento expropiará la finca, procediendo luego a adjudicársela a dicha persona (art. 158 LS).

Esta actuación sólo podrá tener lugar en el período de los dos años siguientes a la fecha en que la finca quedó en estado de venta forzosa.

b) Transcurridos esos dos años sin haberse acudido al procedimiento expropiatorio, el Ayuntamiento ha de sacar a subasta pública el inmueble por los trámites que señala el artículo 159 de la Ley del Suelo.

Tanto en el caso de expropiación como en el de la subasta, el título será inscribible en el Registro de la Propiedad, pese a que la finca se encuentre gravada con una prohibición de disponer.

Para el caso de la expropiación forzosa es suficientemente expreso el número 4 del artículo 158 de la Ley del Suelo: «El adquirente de los terrenos o fincas expropiados podrá elegir entre la continuación o la extinción de los derechos reales que no fueren incompatibles con la finalidad de la expropiación; y si no formulase manifestación alguna, se entenderá que opta por la expropiación absoluta»; y no cabe duda que la prohibición de disponer ha de incluirse como situación incompatible.

Para el caso de la subasta pública, es igualmente claro el artículo 37 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, que en su número 3 señala: «si alguno de los transmitentes tuviere defectos de capacidad o de poder dispositivo, o si existieren limitaciones de dominio, se practicará la oportuna notificación al Ministerio Fiscal, y si éste no se opusiere en el plazo de quince días se otorgará la escritura...», añadiendo, además, el siguiente artículo que «mediante la presentación de esta escritura... se cancelarán en su caso las cargas conforme a lo prevenido para los expedientes de expropiación forzosa».

Para ambos casos (expropiación y subasta), el artículo 31 del mismo Reglamento determina en sus reglas 1.^a y 3.^a que «el procedimiento de enajenación forzosa tendrá carácter expropiatorio con aplicación de lo dispuesto en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario en sus reglas 2.^a y 5.^a» y que «el procedimiento se aplicará cualesquiera que sean los defectos de capacidad, las limitaciones de la facultad de disponer y los obstáculos que prohíban o condicionen la enajenación de los inmuebles en situación normal».

II. Enajenación voluntaria (art. 160 LS).

Estando el solar en situación de venta forzosa, puede no obstante el propietario excluirlo de dicha situación enajenándolo directamente a persona que asuma el compromiso de edificar. Si el inmueble está en situación de subasta, también puede su propietario excluirlo de aquélla mediante un ofrecimiento al público de la venta del inmueble, cumpliendo los demás requisitos que la ley establece.

¿Podrán inscribirse en el Registro estas escrituras de venta voluntaria constando inscrita una prohibición de disponer?

Ayuda en alguna medida a la solución de este interrogante la disposición del artículo 161 de la Ley del Suelo, conforme a cuyo primer número «La enajenación de una finca incluida en el Registro, efectuada con arreglo a los artículos 158 (expropiación), 159 (subasta) y 160 (enajenación voluntaria), producirá la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación con la misma...».

Si conforme a tal precepto todos los supuestos de enajenación producen extinción de derechos personales, y conforme a lo que antes hemos visto sólo los supuestos de enajenación forzosa producen la de los derechos reales, cargas y limitaciones, habrá de inferirse que en caso de enajenación voluntaria, si es cierto que puede predicarse el primero de los efectos, no lo es menos el que no puede pretenderse la aplicación del segundo. Constando inscrita una prohibición de enajenar o disponer no cabrá admitir la enajenación voluntaria realizada por el propietario.

Podría decirse que ello ocasiona un serio perjuicio para el titular, que naturalmente obtendría mayores ventajas con la enajenación directa que con la forzosa, y tal perjuicio ha de pretenderse como no querido por el imponente de la prohibición; pero no hay tal si tenemos en cuenta que aun la enajenación voluntaria ha de sujetarse (como la forzosa) a los justiprecios que figuran en el Registro Municipal, tal y como parece deducirse del artículo 160 de la Ley del Suelo.

EL PROCEDIMIENTO DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

A lo largo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, se contemplan numerosas disposiciones, cuyo desarrollo implica la carencia de efectos de las prohibiciones de disponer inscritas en el Registro de la Propiedad, con base a un fundamento racional y suficiente: el interés de la agricultura y trascendiendo, el interés social;

así: las normas de expropiación en materia de zonas regables (arts. 113 y sig.), en zonas de concentración parcelaria (arts. 59 y 60); la expropiación por causa de interés social (arts. 241 y sig.); las normas que a propósito de las Comarcas Mejorables se contienen en materia de arrendamientos forzosos (arts. 156 y sigs.), consorcios forestales forzosos (artículo 165) y expropiación (arts. 166 y sigs.); y las normas sobre permutas forzosas (arts. 261 y sigs.). Pero obviamente el fenómeno que merece un especial estudio es el de la Concentración Parcelaria. ¿En qué medida afectan las prohibiciones de disponer inscritas al procedimiento de concentración?

El problema, cualesquiera que sean las dudas doctrinales que pueda plantear, y a cuyo efecto algunos de los criterios señalados a propósito de las reparcelaciones urbanísticas serían de aplicación, hay que decir que para el Registro está legalmente resuelto, al menos en lo que al procedimiento ordinario de concentración se refiere.

La regla 3.^a del artículo 235 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario dispone: «Los Registradores de la Propiedad practicarán los asientos primeros de las fincas de reemplazo y de las situaciones jurídicas y derechos reales que afecten a la misma y *hayan quedado determinados o constituidos en el expediente de concentración...*, sin que puedan denegar o suspender la inscripción por defectos distintos de... los obstáculos que surjan del Registro, distintos de los asientos de las antiguas parcelas.»

El Registrador no puede, pues, negarse a la inscripción de la finca de reemplazo, aunque la antigua estuviese sujeta a una prohibición de disponer.

En cuanto a si la prohibición subsiste o no, recayendo sobre la finca de reemplazo, del apartado transcrito y del número 1 del mismo artículo, del que resulta que en la inscripción sólo han de hacerse constar las situaciones jurídicas consignadas en el título relativo a la finca, se deduce que no figurando en tal título el mantenimiento de la prohibición, ésta no deberá figurar en la inscripción.

Si el título contuviera una declaración expresa sobre el mantenimiento de la prohibición, o si ésta es con posterioridad trasladada a la finca de reemplazo, en virtud de Resolución judicial instada y obtenida por los beneficiarios de la prohibición, conforme a los trámites de los artículos 232 y 233 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, ¿puede el Registrador oponerse a ello si entiende que la prohibición de disponer debe de considerarse extinguida a todos los efectos por virtud del procedimiento expropiatorio?

Aparte de lo insólito de la posibilidad que apunto, creo que no sería nunca correcta la oposición del Registrador, pues en el primer caso los

particulares han podido en el período de información alegar lo pertinente y no lo han hecho; y, en el segundo (Resolución judicial), supondría calificar el fundamento de las Resoluciones judiciales, actuación que no procede con vistas al artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Para finalizar esta panorámica, la Ley de 16 de noviembre de 1979 sobre fincas manifiestamente mejorables prevé un procedimiento expropiatorio cuya resultante puede ser el arrendamiento forzoso de la finca al IRYDA; o bien la privación de su propiedad. Ni una ni otra actuación se han de ver impedidas por la existencia de una prohibición de disponer.

C) *Transcurso del plazo cierto o incierto fijado al establecer la prohibición.*

Requisito esencial de toda prohibición de disponer voluntaria, es el de su ineludible temporalidad.

Dice el artículo 785 del Código Civil:

«No surtirán efecto: 2.º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781...»; es decir, que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (más bien no a favor de personas, sino que se impongan a personas).

Tal precepto se ha considerado por la jurisprudencia, perfectamente aplicable a las prohibiciones de disponer que se constituyan por actos *inter vivos*.

Dos cuestiones deben centrar nuestra atención:

Primera. ¿Rebasándose el límite temporal debe de entenderse ineficaz la prohibición de forma absoluta, o sólo en cuanto afecte al exceso de duración no permitido?

Aunque parece general en las sustituciones considerar nulos sólo los llamamientos no permitidos, entiendo que cuando de prohibición se trata, dado el régimen de unidad que la preside, la solución correcta sería la de considerarla ineficaz en su totalidad.

En efecto, en las sustituciones fideicomisarias, si la tendencia a considerar válidos los llamamientos permitidos y nulo el exceso, invoca a su favor la necesidad de no privar de derechos a aquellas personas designadas dentro de los límites legales (fideicomisarios hasta el segundo grado), este argumento no puede ser manejado a propósito de las prohibiciones de disponer, respecto a las que hay unanimidad en considerar que no existe en ellas derecho subjetivo creado a favor de persona alguna, por lo que la nulidad total que como solución considero adecuada no va

a suponer lesión de derechos de ningún tipo y está más acorde con el contenido de los artículos 786 del Código Civil (respecto a las sustituciones fideicomisarias) y 641 del mismo texto legal (donaciones con cláusula de reversión) que señalan, el último de forma rotunda, la nulidad de la sustitución o de la reversión, nulidad que no arrastra ni la de la institución en el primer caso ni la de la donación en el segundo.

Aquí habrá que tener bien presente el hecho de que para que la prohibición de disponer afecte a más de un grado, el imponente habrá de prevenirlo expresamente; así, si el testador dijo «prohíbo a mi(s) heredero(s) la enajenación ...» hay que entender que la limitación sólo alcanza al heredero o herederos durante su vida y que fallecido éste, los que lo sean de él adquirirán libres los bienes. (En tal sentido la R. 2 de julio de 1909.)

Segunda. La segunda cuestión hace referencia al problema de la eficacia que haya de atribuirse a aquella prohibición temporal que ha agotado ya los dos grados legales, pero cuyo plazo de duración, fijado numéricamente en años, aún no ha concluido.

Si el imponente estableció la prohibición por un plazo cierto, afectando al adquirente de los bienes y a sus sucesores, una vez transcurridos los dos grados, entiende MANRESA (Código Civil, tomo 6, pág. 207) que la prohibición ha de desaparecer. Tal solución es acorde con la que la jurisprudencia y la doctrina ofrecen para el caso del usufructo constituido por un número determinado de años, cuando el usufructuario muere antes del plazo fijado, caso en el que el usufructo se extingue, salvo que otra cosa se hubiese establecido en el título constitutivo.

La misma solución habría que mantener cuando la cláusula prohibitiva no contenga previsión alguna de que afecte a los sucesores del gravado con ella; en tal caso, fallecido éste antes de finalizado el tiempo señalado, la prohibición quedará extinguida.

Mantener lo contrario sería ir en contra de la regla general del artículo 781 del Código Civil, dar vía al establecimiento de plazos abusivos, fomentar la vinculación de bienes, e incluso ir en contra presumiblemente de la propia voluntad del imponente.

D) *Acaecimiento del evento incierto (anterior al plazo), previsto expresamente por el imponente como causa extintiva de los efectos de la cláusula prohibitoria.*

Esta causa no ocasiona duda alguna. Si el testador o donante han precisado que, si antes de concluido el plazo por el cual se establece la prohibición, acaeciendo determinada circunstancia (matrimonio del gravado, existencia de hijos de éste, etc.), el efecto de aquélla debe cesar, producida que sea ésta y justificada adecuadamente (certificación de

matrimonio, de nacimiento, etc.), podrá hacerse constar en el Registro la extinción de la prohibición. El que tal constancia deba efectuarse mediante un especial asiento de inscripción o una simple *nota marginal* es problema puramente formal que no debe ofrecer dificultades insuperables. En este concreto caso, y aunque para otras de las causas extintivas que examino en este epígrafe parece conveniente un asiento de inscripción, entiendo que bastaría con una *nota marginal* de las modificativas del derecho inscrito (que no sería la prohibición, sino el derecho transferido en el asiento que la contenga, que se vería ahora libre de ella, y por ende, modificado en su contenido).

E) *Por voluntad del que impuso la prohibición.*

Naturalmente esta causa extintiva sólo puede producirse en aquellas prohibiciones contenidas en actos *inter vivos*.

No genera cuestión alguna la indiscutible facultad que tiene el imponente de una prohibición para dejarla sin efecto en el momento que estime conveniente, debiendo tal declaración de voluntad, para surtir sus efectos registrales, estar contenida en la correspondiente escritura pública. Pero ¿podrá el imponente de la prohibición atribuir a una tercera persona esa facultad de levantarla que a él compete?

Tal posibilidad, entiendo que no es en absoluto perturbadora, habida cuenta de la existencia en nuestro derecho de figuras que implican una aún mayor dejación de confianza, como ocurre con los apoderados con poderes generales y con los albaceas contadores-partidores.

Hay, además, casos en que el imponente de la prohibición no deja con exclusividad al tercero aquella facultad de extinguirla, sino que más limitadamente lo coasocia con él en ese cometido.

El siguiente ejemplo práctico puede ilustrar el supuesto al que me refiero.

- El padre A, titular dominical con carácter privativo de una finca la dona en pleno dominio a su hijo imponiéndole la siguiente limitación: «no podrá disponer de la finca donada sin el consentimiento expreso del donante y de su esposa o del que de ellos sobreviva».

La cláusula se nos presenta como una prohibición de disponer de carácter restringido y no absoluto, por cuanto a la disposición por parte del donatario sólo se le impone la traba de tener que contar con los oportunos consentimientos.

Su alcance real y transcendencia registral está fuera de toda duda, pues aparece impuesta la prohibición en un acto gratuito, una donación, y tiene marcado un límite temporal de vigencia: la vida del donante y la de su esposa, siquiera este término sea indeterminado al ignorarse cuándo haya de cumplirse.

Los problemas que su validez pudo plantear en el pasado, acerca de si constituía o no una donación entre cónyuges prohibida, pertenecen ya, por mor del contenido permisivo del actual artículo 1.323 del Código Civil, a la historia de los debates doctrinales.

Hoy interesa estudiar cuáles sean los efectos de la cláusula de referencia, y ello requiere tener despejadas unas incógnitas previas:

- ¿Supone esta cláusula para el cónyuge no donante una atribución patrimonial?
- ¿Implica, caso negativo, una ventaja de otro tipo?

Si se decide que comporta un traspaso patrimonial a favor del esposo no donante, como conste aceptado por él tal beneficio (lo que habrá de presumirse si compareció en la escritura de donación), ocurrirá necesariamente que:

a) En vida de ambos esposos, el levantamiento de la prohibición va a exigir el concurso de los dos. El donante no puede por sí solo dejarlas sin efecto.

b) Fallecido cualquiera de los cónyuges, será preciso acreditar este hecho para que el otro consorte pueda proceder a aquel levantamiento.

Si, por el contrario, se llega a la conclusión de que la facultad de prestación de consentimiento por parte del esposo no donante, no supone un derecho con entidad patrimonial, las dos anteriores consecuencias habrán de ser negadas o al menos matizadas.

En esta última línea se decanta la tesis, a mi juicio, más correcta. La concesión de esa facultad de prestar, junto con el donante, el consentimiento preciso para enajenar los bienes, no alcanza a tener contenido jurídico-económico.

Estimar lo contrario, por considerar que esa potestad de consentir conlleva un beneficio patrimonial, supondría la imputación apriorística por parte del funcionario calificador de una voluntad extorsionadora en el esposo del donante.

En efecto, entender que el citado consorte sólo prestará su consentimiento a cambio de un valor económico (único medio de explicar la atribución patrimonial), es salirse de los límites de la misma institución, pues en la mayoría de los casos está claro que no fue la finalidad del donante establecer esa cláusula con fines lucrativos para su cónyuge, sino más bien por motivos de unidad familiar, o tutelares del patrimonio de los hijos. No es lícito presumir la existencia de una extorsión, que puede no existir (diría que «debe» no existir, pues el principio general de la buena fe como presunción primaria obliga a entenderlo así), y que aun en el caso de que existiera, escaparía del ámbito de las facultades

calificadoras que no pueden, desde luego, extenderse a presumir la comisión futura y sólo posible de un delito, ni proceder de momento al amparo del posible perjudicado para el caso de que aquél llegue a producirse, pues al lesionado, y sólo a él, corresponderá, en su caso, el ejercicio de las oportunas acciones para la defensa de su derecho.

Otra cosa bien distinta sería si el donante se hubiera reservado para sí y para su cónyuge la facultad de disponer, unida o no al derecho de usufructo sobre los bienes donados. En uno y otro caso, la ventaja patrimonial es evidente.

Hemos despejado la primera incógnita: la concesión al esposo no donante de la facultad de prestar consentimiento no supone una verdadera atribución patrimonial; pero ¿implica una ventaja de otro tipo?

A mi juicio, así es. Ya he anticipado que la cláusula en cuestión suele obedecer a razones de unidad familiar y de tutela del patrimonio de los hijos, y en ello el consorte no donante es natural que tiene un indudable interés del que no debe ser arbitrariamente privado.

Recibido y asimilado este dato indicador, puede ya adelantarse que las consecuencias de la cláusula que examinamos no deben diferir en nada de las que antes se reseñaron para el supuesto de existir una atribución patrimonial.

Sólo si el esposo no donante no intervino en la escritura ni manifestó después su aceptación de la facultad de consentir deferida a su favor, cabrá que el otro —el donante— proceda unilateralmente al levantamiento de la prohibición impuesta.

No obstante, deberá excluirse de esa extinción por voluntad unilateral, el caso en que la concesión de la facultad de consentir sea debida, y así conste en el título, a una justa reciprocidad en base a una similar actuación del cónyuge, ya fuere ésta pasada, presente o por venir.

Registralmente, fallecido un cónyuge, entiendo que no es preciso cumplir ni son de aplicación las reglas hipotecarias reguladoras de los derechos patrimoniales de carácter simultáneo y sucesivo. Así, si en el usufructo de tal naturaleza, fallecido un titular, lo procedente es extender la correspondiente inscripción de cancelación parcial y acrecimiento, no cabrá exigir los mismos trámites y asientos al caso que se contempla.

Lo normal será que para tal supuesto, el fallecimiento de un cónyuge no conste en el Registro, y sólo en el futuro, cuando se intente la enajenación de la finca, se haga constar en el título que se presente, que fallecido aquel cónyuge corresponde consentir la enajenación al sobreviviente, todo ello sin perjuicio de que el Registrador pueda y deba exigir, según se ha dicho, la prueba efectiva de tal fallecimiento. Si antes de producirse dicha enajenación se solicitase la constancia registral de la muerte de uno de los cónyuges, el título que motivó la inscripción,

en unión del correspondiente certificado de defunción, serían documentos hábiles para ello; y la forma de tal constancia no puede ser otra que la de una nota marginal de cumplimiento parcial de condición, pues la facultad de consentir es como una condición que grava, si no el dominio de la finca, sí la facultad de disponer de ella.

● Supuesto similar, aunque no idéntico al anterior, se produce en aquellos casos en que el cónyuge donante de sus bienes privativos prohíbe a los *donatarios la disposición de los mismos mientras vivan él y su esposa*.

De este caso se ocupó la Resolución de 13 de diciembre de 1963, y exige ser examinado a través de las tres siguientes fases:

a) *Durante la vida de ambos esposos*

Indudablemente los donatarios podrán disponer si consienten en ello ambos esposos, porque interviniendo ellos en tal forma, resultarán concurrir al acto todos los afectados y posibles beneficiados por la prohibición de disponer.

Tampoco cabrá duda de que no será suficiente para levantar la prohibición el consentimiento unilateral del cónyuge no donante.

Problema más arduo es el de si bastará sólo el consentimiento del cónyuge donante. La Resolución de 1963 citada (aunque se dictó para un caso en que el cónyuge donante estaba ya viudo, si bien tal extremo no quedó justificado), entendió eficaz tal consentimiento sobre la base de que «quien pudo donar pura y simplemente y no lo hizo, puede perfeccionar su deseo con posterioridad y suprimir las limitaciones inicialmente impuestas, siempre que con ello no perjudique o lesione los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas».

Otras razones se añaden, además, en el mentado fallo, tales como la de que el cónyuge no donante no intervino en el primer contrato (donación), y que los que no fueron parte en dicho negocio jurídico (aunque no se sabe si con ello el Centro Directivo quiere referirse a otros hijos del donante a cuyo favor quedaron establecidos en la donación ciertos derechos de adquisición preferencial, o si alcanza también al propio cónyuge) sólo gozan de una estipulación en favor de tercero, que por no constar fehacientemente aceptada, puede ser desde luego unilateralmente revocada.

No puedo por menos que señalar que esta última conclusión debe ser rechazada, pues como tengo apuntado para el caso anterior y con mayor claridad en éste (en el que el donante sólo tiene en cuenta la vida de su esposa para establecer sobre ella el plazo de duración de los efectos de la cláusula prohibitiva), el cónyuge no donante no recibe

atribución patrimonial alguna y por ello no puede hablarse de estipulación establecida a su favor.

b) *Fallecido el cónyuge no donante*

De la referida Resolución de 1963 se infiere la «innecesidad» de justificar tal fallecimiento para que el cónyuge sobreviviente pueda levantar la prohibición, lo que es totalmente congruente con lo antes dicho, pues si el fallecido no ostentaba derecho alguno, su muerte no tendrá relevancia a estos efectos.

Siguiendo los pasos de las tantas veces citadas Resolución, sólo en el caso en que constase en el Registro la aceptación por parte del cónyuge no donante, habría que exigir la justificación de su fallecimiento. No compartiendo, como antes señalé, la idea de que la cláusula que estudiamos encierre una estipulación en pro de tercero, tampoco puedo partir esta última consecuencia derivada de aquella premisa.

c) *Fallecido el cónyuge donante*

En tal caso, ¿podrá el cónyuge no donante con el concurso de los donatarios levantar la prohibición?

Tal posibilidad la entiendo factible y no porque de la cláusula prohibitiva pueda inferirse que el citado cónyuge tenga facultades para hacer cesar los efectos de la misma, sino porque es de esencia a las prohibiciones de disponer el que éstas puedan ser levantadas con el concurso de todos los posibles favorecidos (en este caso donatarios y cónyuge sobreviviente), tal y como veremos en epígrafe posterior.

- Un especial caso de decaimiento de las prohibiciones lo constituye el resuelto por la Resolución de 30 de septiembre de 1980, que está un poco a caballo entre los de este epígrafe (prohibiciones hechas cesar por voluntad del que las impuso) y los del siguiente (levantamiento por los posibles favorecidos con la prohibición).

El Hospital de San Francisco de Paula, de Madrid, había sido creado en 1912 como una fundación de beneficencia particular para la asistencia gratuita de varones trabajadores pobres.

En sus estatutos figuraba un artículo que en lo que nos importa contenía la siguiente prohibición: «Artículo 60.—Aunque ... hubiera de suspenderse el funcionamiento del hospital, nunca en este ni en ningún otro caso podrá de manera alguna enajenar, pignorar ni gravarse el solar ni el edificio del hospital con sus anejos e instalaciones...». Tal disposición constaba inscrita en el Registro.

En los últimos tiempos, y en virtud de la concurrencia de determinadas circunstancias (cobertura por la Seguridad Social de la mayoría de las

prestaciones fundacionales; avance espectacular de las técnicas médico-sanitarias; declaración del edificio monumento histórico-artístico), se hizo evidente la necesidad de cambiar los fines de la Fundación, así como la de desarrollarlos con unos medios y en otra edificación más acorde con los tiempos; a tal efecto se instó por el Patronato el oportuno expediente, resuelto de modo favorable por el Protectorado, en este caso la Dirección General de Servicios Sociales, que en su Resolución de 19 de septiembre de 1978:

Uno.—Determinó la finalidad de la Fundación, que sería en el futuro la de asistencia a la tercera edad de los trabajadores de uno y otro sexo.

Dos.—Y autorizó la desafectación del edificio del hospital, pudiendo ser ya objeto de cualquier negocio de disposición.

Presentada al Registro la anterior Resolución, es negada su inscripción, por entender el Registrador que a ello se oponía la prohibición inscrita, y que el título presentado no tenía la virtualidad de hacerla desaparecer.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota calificadora.

La Dirección General de los Registros y del Notariado revoca el auto y la nota, por estimar que el Patronato y el Protectorado pueden conjuntamente proceder al cambio de fines de la Fundación (máxime cuando el cumplimiento de los originarios se ha hecho prácticamente imposible), así como suprimir la existente prohibición de disponer, si aquel cambio lo exige o hace conveniente.

F) *Extinción de la prohibición por voluntad del favorecido con ella.*

En el caso planteado por la Resolución de 23 de junio de 1936 se legó una finca con prohibición de venderla y con la obligación por parte del legatario de conservarla para sus hijos.

El legatario, una vez inscrito su derecho, constituyó hipoteca sobre la finca legada a cuyo efecto su, de momento, único hijo, prestó consentimiento a la constitución de la hipoteca, dispensando a su padre de las limitaciones que estaba obligado a respetar.

La hipoteca se inscribió, y en el asiento practicado fueron arrastradas las limitaciones a las que la finca estaba afecta. Llegada la ejecución de la hipoteca y aprobado el remate, se procedió al otorgamiento de escritura, en la que el deudor y su hijo dieron su asentimiento a la venta.

Presentada en el Registro esta última escritura, el Registrador denegó la inscripción.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota calificadora y declaró inscribible el documento.

La Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió que la venta era inscribible, siempre que en «la inscripción se haga constar

que quedan a salvo los derechos de los posibles favorecidos con la limitación impuesta en el testamento».

Esta Resolución plantea, entre otros, los siguientes interesantes problemas:

1.º El que surge de la hipoteca inscrita.

El funcionario calificador nada puede hacer por cuestionar su procedencia o improcedencia, pues como acertadamente dice el Juez de Primera Instancia en su informe, el Registrador no puede calificar los asientos ya practicados, ni los títulos ya inscritos.

Otra cosa es decir que el Registrador, calificante en su día de la escritura de hipoteca, debió de denegarla. Ello hubiera sido lo correcto, no tanto por los efectos impositivos de la prohibición, sino por los de la sustitución fideicomisaria establecida por el testador. Su función podría haber ocasionado dudas si en la escritura constitutiva se conviniese en suspender la ejecución de la hipoteca, subordinándose al doble hecho de quedar extinguida la prohibición (por muerte del fiduciario primer llamado al legado), y ocurrir tal fallecimiento sin hijos, o bien que existiendo estos hijos sustitutos fideicomisarios prestasen su consentimiento a la ejecución; pero ninguna de tales prevenciones se contenían al parecer en la escritura de hipoteca, y si sólo la circunstancia de que el único hijo entonces existente del legatario la consentía, lo que a todas luces debió de haberse considerado insuficiente, procediéndose a la denegación de la inscripción solicitada.

2.º En segundo lugar ha de plantearse el problema de si la inscripción de hipoteca practicada tenía virtualidad cancelatoria de las limitaciones que afectaban a la finca.

El recurrente sostiene desde luego este efecto, acudiendo para ello a razones tan peregrinas como las siguientes: 1) que siendo la inscripción de hipoteca constitutiva, tiene más valor que las declarativas (refiriéndose a la previa de dominio); 2) que la inscripción de hipoteca supone para el acreedor una inscripción de dominio condicional; 3) y que el Registrador, inscrita la hipoteca, no puede, al presentársele el documento motivado por su ejecución, calificarlo con base al asiento de dominio y sí sólo al de hipoteca.

El Registrador en su informe niega tales efectos cancelatorios con argumentos totalmente ortodoxos: 1) no se practicó una cancelación formal, y buena prueba de ello es que en la inscripción de hipoteca se arrastraban las limitaciones existentes; y 2) que la cancelación requiere una Resolución firme en juicio declarativo o el consentimiento del titular inscrito, y siendo así, que el consentimiento es sólo dado, en este caso, por un hijo del legatario cuyo eventual derecho aún no ha llegado a consolidarse, al no haber acaecido el oportuno momento para ello, y puede,

además, no llegar a consolidarse en la forma prevista (pues podrían aparecer otros hijos), tal consentimiento no puede ser considerado suficiente.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque no considere canceladas la prohibición ni la sustitución (al menos no lo dice expresamente), viene a acabar recogiendo en su fallo, como un argumento más que lo justifica, «el consentimiento que ha prestado el favorecido con la prohibición».

3.º La tercera cuestión se desprende de la anterior.

Si la hipoteca no cancela ni la prohibición de disponer ni la sustitución, entran en colisión dos inscripciones: la de dominio afecta a tales limitaciones, y la de hipoteca, cuya lógica consecuencia es la posible futura ejecución. Darle un valor absoluto a la primera supondría negar los efectos de la segunda, y concederle plena primacía a ésta equivaldría a ignorar los efectos que son consustanciales con la primera.

Ante esta extraordinaria situación, la Resolución que vengo comentando acude como única vía posible de salida a este problema, de solución nunca satisfactoria, a la tesis mediadora: se permite la inscripción de la venta judicial, pero dejando a salvo los intereses de los posibles perjudicados por dicha transmisión judicial. El Centro Directivo se encontró en el trance de decidir sobre los efectos de dos contrapuestos asientos, cuya validez y eficacia no podían ser discutidos por la vía gubernativa; y en tal sentido debe considerarse que la doctrina sentada en su fallo era, en esas circunstancias, la única posible.

El problema en general no será frecuente que se plantee de nuevo, pues existiendo una prohibición de disponer inscrita en el Registro al presentarse una escritura de hipoteca, ya conocemos que la correcta actuación calificadora será la de no admitirla, o admitirla si ésta se condiciona y subordina en cuanto a su ejecución al hecho de que desaparezca al prohibición inscrita; con lo que tanto en uno como en otro caso no habrá colisión de asientos, y la ejecución no se produce o se produce, pero no atenta ya contra la prohibición de disponer por constar ésta previamente extinguida.

Aunque la Resolución que he glosado no resulta en gran medida aprovechable para el tema que nos ocupa, de todo lo referido sí puede deducirse que siempre que de la cláusula prohibitiva no pueda inferirse indubitadamente quiénes sean los favorecidos por ella (lo que constituirá el caso más común), la voluntad del presunto o presuntos beneficiados no puede por sí sola tener virtualidad cancelatoria de la prohibición.

Pero si aparece claro quiénes sean las personas en cuyo interés queda establecida la prohibición de disponer (que no habrá obstáculo en que puedan serlo los mismos gravados), lo que ocurrirá cuando se trate de prohibiciones con régimen subsidiario para el caso de infracción, o consti-

tuidas por plazos calculados sobre la vida de ciertas personas, debe sostenerse que el consentimiento de tales beneficiados tiene eficacia cancelatoria de la cláusula prohibitiva.

Este concreto caso de prohibición con régimen subsidiario se planteó singularmente en las Resoluciones de 7 de mayo, 14 de mayo y 21 de mayo de 1929, cuyo contenido paso a examinar:

Un testador instituyó herederos universales a sus siete sobrinos, disponiendo que las herederas hembras (en este caso cinco de tales sobrinos) no podrían, entre otras restricciones, vender ni hipotecar mientras vivan sus maridos; sus hijos quedarán sometidos mientras viva el padre, si éste sobrevive a su mujer, a las mismas restricciones. Si el que fallece es el marido, las herederas quedarán libres, pero contrayendo un segundo matrimonio, los bienes no enajenados durante la viudez se sujetarán a idénticas limitaciones. Añadía el testador que si alguno de los herederos, o en su caso los hijos de éstos infringiera la prohibición impuesta, perderá todos los bienes heredados, que pasarán a ser propiedad de aquel o aquellos de los coherederos que los reclamen judicialmente, y que el que no acudiese a este juicio después de requerido para ello se tendrá por renunciante de tal derecho.

Los bienes heredados se inscribieron en el Registro con las reseñadas limitaciones que, como sabemos, sólo afectaban a los cinco sobrinas herederas, quedando libres de ellas los otros dos varones.

Planteado entre los herederos un juicio sobre la validez de ciertas divisiones realizadas por algunos de ellos, dos de las herederas demandadas formulan reconvencción, solicitando que se ordene la cancelación de las antedichas restricciones testamentarias por haber incurrido en ineficacia. El Juez, apreciando como base para su fallo la renuncia que todos los interesados hicieron del derecho especial de acrecer que la cláusula testamentaria les concedía, ordenó que las prohibiciones fuesen canceladas.

El Registrador a quien se presenta el fallo judicial deniega la cancelación ordenada, por entender que dicha cancelación no procede por virtud de la simple renuncia convencional, aunque ésta esté confirmada por una sentencia firme, sino que es preciso la sentencia que declare la nulidad, revocación, caducidad o ineficacia del título.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota calificadora.

La Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó el auto presidencial apelado.

En tales Resoluciones conviene destacar la alegación por el Registrador en su informe de un dato nuevo, que en su nota no se apunta expresamente, dejándose sólo entrever, y es la idea de que renunciando todos los coherederos al acrecimiento derivado de la infracción de la prohibición de disponer, se produce una porción vacante en la herencia a la que

habrán de ser llamados los sucesores *ab intestato* (pues no se puede renunciar al acrecimiento y aceptar por vía intestada la porción objeto de aquel acrecimiento, según se desprende del artículo 1.009 del Código Civil). El Juez informante manifestó estar plenamente de acuerdo con esta formulación.

El Presidente de la Audiencia y la Dirección General entendieron, por el contrario, que, en el caso debatido, era clara la voluntad del testador en el sentido de que la facultad de denunciar la infracción y, por tanto, de acrecer queda atribuida con exclusividad a los herederos testamentarios, sin hacerse mención alguna de los *ab intestato*, y en su consecuencia es eficaz la renuncia general hecha por los coherederos designados, no pudiendo pretenderse que la cancelación de las limitaciones testamentarias pueda perjudicar a terceros de índole alguna.

Esto último es, a mi juicio, lo correcto, pues no puede olvidarse que el derecho de acrecer legal se da sólo en tres casos: premoriencia, renuncia e incapacidad, ninguno de los cuales acontece en el supuesto examinado, en el que se trata más bien de un especial derecho de acrecer constituido por vía testamentaria, que no puede quedar sujeto a idénticas reglas que aquél. La especialidad de este derecho de acrecer queda patente en el supuesto de que los bienes, por fallecimiento en estado de casada de una de las herederas gravadas, pasasen a los hijos de ésta y los referidos hijos infringiesen la prohibición que aún les afecta, caso en el que sería excesivamente complicado pretender aplicar las reglas que el Código formula en la materia, a este singular derecho de acrecer que se daría entre los tíos y los sobrinos respecto de unos bienes que ya habían sufrido una nueva transmisión *mortis causa* (la herencia de la heredera gravada).

En el caso de las Resoluciones que vengo examinando, tanto el Presidente de la Audiencia como la Dirección General refrendan sus respectivos fallos acudiendo a un argumento indiscutible: «el Registrador no puede examinar los fundamentos de las Resoluciones judiciales», aunque, claro está, esto, que es rigurosamente cierto, no interesa ya al tema que he intentado desarrollar y que en este punto doy por definitivamente concluido.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ