

Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias

ANA CAÑIZARES LASO

Profesora titular de Derecho Civil
(Universidad Autónoma de Madrid)

SUMARIO: Introducción. I) Antecedentes históricos. II) Delimitación de conceptos. III) Distinción de figuras afines: 1. Donación y prohibición de disponer; 2. Sustitución fideicomisaria y prohibición de disponer; 3. Pseudo-usufructo y prohibición de disponer. IV) Concepto y requisitos de validez de las prohibiciones de disponer. V) El poder de disposición en el iter transmissivo de la propiedad: 1. Contrato de compraventa y transmisión del dominio; 2. El pago en el art. 1160 del Código civil. VI) El incumplimiento de la prohibición de disponer eficaz: 1. Relación existente entre el que infringe la prohibición y el beneficiado por la misma: 1.1. Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es el mismo sujeto sometido a ella; 1.2. Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es el mismo sujeto que la impone. 1.3. Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es un tercero. 2. Relación existente entre vendedor-comprador. VII) Hipoteca de bienes afectos a prohibiciones de disponer. VIII) Embargo de bienes afectos a prohibiciones de disponer.

INTRODUCCION

La facultad de disponer es la posibilidad jurídica que tiene el titular de un derecho de realizar actos que afecten radicalmente a la sustancia o a la subsistencia de dicho derecho (1). Esta facultad de disponer sobre un derecho, y por ello la disposición misma, es un acto del ejercicio del derecho, integrándose dentro del derecho subjetivo, cualquiera que sea la naturaleza de éste.

Esta idea, en general, es aplicable a todo tipo de derechos y especialmente a los patrimoniales. Sin embargo, la primera delimitación que

(1) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid 1983, p. 709.

hacemos en nuestro trabajo es su reducción al campo de los derechos reales y más concretamente al derecho de propiedad. En este sentido, es disposición la del propietario sobre su derecho de propiedad, pero también lo es la vinculación de la propiedad a un derecho real limitado a favor de tercero (2).

La facultad de disponer, que forma parte normalmente del contenido de los derechos reales, puede quedar limitada en algunos casos.

Hay derechos indisponibles por estar atribuidos en consideración a la persona de su titular, por ejemplo, el uso y habitación; y preceptos legales que, por motivos de interés público, limitan o modalizan la facultad de disponer sobre ciertos bienes, por ejemplo, los que integran el Patrimonio artístico nacional. Otros preceptos establecen la misma limitación, generalmente durante un tiempo por razones de interés privado, como el art. 196 C.c. en relación a los bienes del declarado fallecido y el art. 1618 LEC para las adquisiciones en virtud del retracto.

Las prohibiciones de disponer, institución central del objeto de nuestro estudio, suponen un cercenamiento de la facultad de disponer.

Generalmente las prohibiciones de disponer vienen siendo clasificadas desde diferentes puntos de vista. Dependiendo de su origen inmediato pueden ser legales, en cuanto que derivan de la ley; judiciales o administrativas, en cuanto que aparecen impuestas por decisión de tales Autoridades; y voluntarias, cuando aparecen dispuestas por obra de la voluntad de los particulares.

La segunda delimitación previa que hacemos en nuestro trabajo radica, precisamente, en que sólo nos ocuparemos de este último tipo, las prohibiciones de disponer de origen voluntario. Y dentro de ellas, únicamente, de las establecidas en actos a título gratuito. Aquellas prohibiciones de disponer que pueden establecerse en actos onerosos, en virtud del art. 1.255 C.c. y por tanto con eficacia inter parte, constituyen obligaciones de no disponer, su incumplimiento podrá originar indemnización de daños y perjuicios, pero el acto realizado incumpliendo la prohibición es válido (3).

Por otra parte debemos aclarar previamente que la idea básica de la que partimos es la siguiente: El derecho de enajenar se relaciona con un principio de orden público económico: el de la libertad de comercio. Es grave hacer a un bien inalienable. Ello por múltiples causas: en primer lugar se falsea el mercado; en segundo lugar, como veremos, el bien se hace inembargable; y por último se pueden llegar a frustrar las expectativas de los acreedores del propietario (4).

(2) V. LARENZ, *Derecho Civil, Parte General*, Madrid 1978, p. 434.

(3) V. STS 12-11-1963 y las RDGR 27-9-1929; 25-11-1935; 25-2-1943; 7-7-1949; 13-12-1955; 18-11-1960; 4-11-1968; 19-7-1973; 10-10-1973; 19-12-1974; 18-1-1979 relativas a obligaciones de no disponer.

(4) V. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Barcelona 1979, p. 193, citando a SAVATIER.

Nuestro estudio va dirigido, fundamentalmente, a conocer la admisión por parte de nuestro ordenamiento de las prohibiciones de disponer en actos a título gratuito; a estudiar su régimen jurídico propio, aunque éste no encuentre un reflejo en los textos de la ley; y por último a analizar las consecuencias de su incumplimiento.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

Se halla en general (5) el precedente histórico de las prohibiciones de disponer voluntarias en el Derecho romano post-clásico. El Corpus contiene varios textos de los que se cita fundamentalmente el conocido fragmento de Marciano: “Los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala, de consagrada memoria, respondieron por rescripto que los que prohíben en su testamento que se enajene algo y no dicen por qué causa, salvo que se averigüe la persona en cuya consideración lo dispuso así el testador, hacen una declaración nula, lo mismo que si nada hubiesen dispuesto, porque tal cláusula no puede insertarse en un testamento. Pero si hubiesen aclarado que su disposición se refería a los hijos, a los descendientes, a los libertos, a los herederos o algunas personas, su voluntad debe ser respetada, pero siempre que no suponga fraude para los acreedores, ni para el fisco, porque si se vendieron los bienes del heredero para poder pagar a los acreedores del testador, los fideicomisarios seguirán la misma suerte” (D. 30.114.14).

El citado fragmento pasa a informar el *ius commune* y así a las Leyes de Partidas: “En su testamento defendiendo algund ome, que su castillo, o torre, o casa o viña, o otra cosa de su heredad, non lo pudiessen vender, nin enajenar; mostrando alguna razón guisada por que lo defendía, como si dixesse: Quiero que tal cosa (nombrándola señaladamente) non sea enajenada en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fijo, o a mi heredero, porque sea siempre más honrado e más tenido; e si dixesse, que la non enagenasse fasta que fuesse de edad el heredero, o fasta que fuesse venido al lugar, si fuesse ydo a otra parte: por qualquier destas razones, o por otra que fuesse guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si dixesse simplemente, que la non vendiessen, non mostrando razon guisada por que; o non señalando persona alguna, o cosa cierta, porque la fazia; si la vendiesse, valdría la vendita, maguer el lo hubiesse defendido. (P. 5, 5, 44).

Los antecedentes históricos citados se centran a las prohibiciones de disponer testamentarias (6). Como veremos posteriormente éstas se introducirán en nuestro actual Código civil diferenciadas, de alguna ma-

(5) Vid. por todos ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario II*, Barcelona 1979, p. 703.

(6) HELMUT COING reconduce el origen de la sustitución fideicomisaria a España. *Europäisches Privatrecht. Band I Alteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, 77, pp. 385 y ss.

nera, de las sustituciones fideicomisarias. No ocurrió así en el Proyecto de 1851.

El Proyecto de García Goyena en sede de sustituciones recoge en su art. 629: “La sustitución de heredero en segundo o ulterior grado para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia, es la única sustitución reconocida por la ley, salvo lo dispuesto en el art. 638”.

Asimismo, su art. 635 señala: “Toda sustitución, fuera de las señaladas en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula, sea cualquiera la forma con que se revista”. Señala aquí García Goyena (7) “las sustituciones son prohibidas, dice con enérgica sencillez el artículo 896 francés, nacido de la Revolución en esta primera parte; pero añade enseguida la excepción hecha bajo el Imperio en marzo y agosto de 1806, permitiendo con autorización Real la transmisión hereditaria de los bienes libres que formen la dotación de un título hereditario, en una palabra, los mayorazgos o fideicomisos familiares; pero fueron nuevamente abolidos en 1835. A pesar de esto se conservó siempre el artículo 1048 francés, del que ha sido tomado el 3 de nuestro 638”.

Entre los antecedentes históricos romanos a que alude García Goyena, se pregunta, ¿pero conocieron los romanos los fideicomisos de familia y perpétuos?, sigue diciendo que “Del capítulo 2 de la Novela 159 puede inferirse que no se extendían a más de cuatro generaciones. Nuestro Derecho vigente en materia de mayorazgos y fideicomisos era la ley de 21 de septiembre de 1820, restablecida por Real Decreto de 31 de agosto de 1836; por ella quedaron y por el artículo quedan prohibidos: tengo por inútil reproducir aquí los motivos de esta abolición y prohibición: ¿cui non dictus Hylas?”.

El art. 636.1 del Proyecto dispone “Quedan comprendidas en la prohibición del artículo anterior 1.º la disposición por la que se declare inalienable toda o parte de la herencia”. Y en su anotación señala García Goyena “Por Derecho Romano la simple prohibición de enajenar sin designar las personas en cuyo favor se hacía, no inducía fideicomiso de familia y se tenía por no puesta, ley 114, párrafo 14, libro 30 de Digesto: nuestro artículo no hace esta distinción; la prohibición se tendrá siempre por no supuesta, y registrarán las disposiciones del artículo siguiente”.

Por lo que a nosotros nos interesa el párrafo tercero del art. 638 del citado Proyecto dispone: “Puede asimismo dejar un padre la parte libre de sus bienes a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviere en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados. En este caso, el hijo gravado con la restitución queda sujeto a todas las obligaciones del usufructuario”.

Señala García Goyena que el tercer párrafo es el artículo 1048 fran-

(7) Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Zaragoza 1974.

cés y 1020 holandes. El artículo deja a salvo los derechos del hijo en la legítima, según lo que se dispone en el 643, y no tiene los caracteres de pena contra el hijo gravado con la restitución o sustitución, pues que puede aplicarse igualmente al hijo disipador, como al que haya sufrido ya reveses de fortuna o, que por su estado se halle puesto a ellos: el padre es el único juez competente para apreciar los motivos que le impelen a hacer esta disposición.

Finalmente hemos de recordar que el art. 639 del Proyecto de 1851 señala que “lo dispuesto en esta sección se observará igualmente en los legados y donaciones”. Con respecto al cual señala García Goyena que “la nulidad de las sustituciones no perjudicará a la validez de la donación: igual es el motivo y objeto de nuestro artículo y las razones de la prohibición son las mismas en las herencias que en los legados y donaciones”.

El Proyecto de 1851, como se puede comprobar no acoge a las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título gratuito.

Dentro del marco social y político al que debemos trasladarnos, en ningún caso podían admitirse prohibiciones de disponer emanadas de la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos onerosos (8). Este recorte al poder de disposición que recuerda, evidentemente, a la vinculación que existía en los mayorazgos en ningún caso debía admitirse.

El mayorazgo según lo define Luis de Molina, principal mayorazguista castellano, es “ius succedendi in bonis, ec lege relictis ut in familia integra perpetuo conserventur, proximoque cuique primogenito ordine succesivo deferantur” (9). Para la doctrina, la inalienabilidad de los bienes del mayorazgo es un imperativo “de su propia naturaleza”. El poseedor del mayorazgo no puede hacer nada de lo que pueda derivarse enajenación de un bien del mayorazgo; no sólo no puede vender un bien del mayorazgo, sino tampoco darlo en prenda o en hipoteca, concederlo en usufructo o constituir alguna servidumbre sobre él, darlo en arrendamiento no por largo tiempo, en censo o en enfiteusis si someterlo a

(8) Se pueden admitir en virtud del art. 1255 C.c. pactos por los que las partes se *obliguen* a no transmitir, por tanto con eficacia entre ellas, pero no frente a terceros.

El art. 348.I C.c. dispone: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. Este precepto en el Proyecto de 1836 (art. 621), curiosamente decía “Propiedad es el derecho que uno tiene en sus cosas para disponer de ellas a su arbitrio, con tal que no haga un uso prohibido por las leyes o pactos. Este derecho se llama también dominio”.

Debe quedar claro que las partes pueden establecer los pactos que quieran en las condiciones del art. 1255 y en este sentido su incumplimiento originará indemnización de daños y perjuicios pero no afectará a la validez del contrato realizado con un tercero.

El ámbito de las genuinas prohibiciones de disponer es muy distinto y debe ser restringido, pues la realización del acto llamémosle prohibico puede afectar como veremos a tercero que contraten con el afectado por la prohibición.

(9) Definición de MOLINA, 1,1,22 (vid. BARTOLOMÉ CLAVERO, *Mayorazgo, propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid 1974, p. 211):

transacción. La prohibición de alienar va más allá del poder de disposición del sucesor ya que se aplica por la doctrina a la prescripción y a la confiscación de los bienes del mayorazgo (10).

Clavero (11) define el mayorazgo castellano como “aquella forma del modo de propiedad vinculada cuyo regimen concreto somete a las condiciones de la propiedad territorial feudal al colonato por medio de la prohibición de enfiteusis, a la burguesía gracias a la vinculación estricta y general, y a la corona mediante la inconfiscabilidad incluso en los delitos exceptuados, imponiendo, al mismo tiempo, en beneficio de las líneas principales de la clase feudal, un proceso de acrecentamiento y acumulación patrimonial”.

En la época que se viene denominando reforma ilustrada del Mayorazgo, encontramos las primeras argumentaciones contra los mayorazgos fundadas, en la libre circulación de los bienes (12).

Posteriormente, se plantea abiertamente la cuestión general de la abolición de los mayorazgos. Como es sabido, es la Ley de 11 de octubre de 1820 la que suprime los mayorazgos repuestos después por la Cédula de 11 de marzo de 1824. Es en 1836 cuando se restablece la ley de desvinculación de 1820, resolviéndose el último problema que planteara la desvinculación: el de la pertenencia de la propiedad privada de los bienes desvinculados con la ley de 19 de agosto de 1841.

En nuestro ámbito, es evidente que todo ello marcó las líneas directrices de nuestra legislación civil, como hemos podido comprobar en el Proyecto de 1851.

Las prohibiciones de disponer quedan en un principio al margen de la legislación hipotecaria, pues, como es sabido, su actual regulación, en el art. 26 LH, se debe a la reforma de 1944. Por otra parte, el Código civil contempla especialmente las impuestas testamentariamente para señalar el límite temporal a su eficacia, en los arts. 781 y 785. Con respecto a las que puedan establecerse en donaciones hay que hacer referencia a tres artículos de nuestro C.c.: el 639, 640 y 641. El primero de ellos no regula la posible prohibición de disponer a la que se halla sometido el donatario, sino que hace referencia a la reserva de la facultad de disponer por el donante, que son supuestos distintos, como veremos. El segundo reenvía al art. 781 del C.c. pero únicamente para señalar la limitación del segundo grado y con respecto al supuesto en que se done la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras. El tercero implica el límite de la sustitución fideicomisaria.

La gran preocupación de la legislación hipotecaria, en sus inicios fue

(10) Vid. CLAVERO, ob. cit., pp. 265 y ss.

(11) Ob. cit., pp. 278-279.

(12) Señala CLAVERO (ob. cit., p. 296) que en una Instrucción presentada al rey por el conde de Floridablanca en su cap. LIV expresa: “El daño de aprisionar tantos bienes, impidiendo su enajenación y circulación, es gravísimo, siguiéndose de aquí la decadencia de ellos por la pobreza y mala conducta de los poseedores”.

desde un comienzo “el crédito territorial”. El antiguo sistema de las hipotecas ocultas se rechaza obviamente por la Comisión precisamente porque con él era incompatible el crédito territorial. (Exposición de Motivos de la LH de 1861). No se miró con tanto descrédito el sistema mixto que combinaba la publicidad de las hipotecas con la conservación de otras ocultas. Pero no ofrecía suficientes garantías al no estar nunca seguro el acreedor.

Seguridad de los acreedores y crédito territorial eran y son dos pilares básicos en toda legislación hipotecaria. En este sentido se entendió por la Exposición de Motivos, que quizá no estuviera lejana la época en que quedase este sistema mixto tan desautorizado como el de la hipoteca oculta que tenían los romanos. Así únicamente existía un sistema aceptable, el de publicidad y especialidad de las hipotecas.

Se entiende la publicidad en función de que “no pueda perjudicar al contrayente de buen fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se haya inscrita en el Registro”.

El crédito territorial no sólo preocupa desde un comienzo sino que se erige en el “fin de la legislación hipotecaria”. Así lo subraya la Exposición de Motivos de la LH de 1861. “Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la Comisión debe tenerse en cuenta que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y el pago de lo ofrecido”. Especialmente se refleja por ejemplo en la admisión de la hipoteca judicial fundándose precisamente en que dicha hipoteca “cabe perfectamente dentro del sistema adoptado, porque ni perjudica al crédito territorial ni disminuye el principio de la publicidad, base cardinal de que nunca se prescinde en el proyecto”.

No es de extrañar que la legislación hipotecaria no se ocupase del tema, con independencia de que es una cuestión que debía corresponder al Código civil. La prohibición de disponer recorta el poder dispositivo, lo que es evidentemente contrario al principio de la libre circulación de los bienes por una parte, y si al mismo tiempo de que el sujeto no pueda disponer voluntariamente se extiende a la imposibilidad de poder hipotecar por ejemplo, la prohibición será contraria en ese sentido, al crédito territorial.

Posteriormente la reforma de la LH de 1944 introduce el art. 26 en el que aparecen reguladas las prohibiciones de disponer. En su Exposición de motivos señala “las prohibiciones de enajenar, de singular importancia en una legislación de tan honda raigambre familiar como la nuestra no han sido reguladas en el Código civil, a diferencia de lo que acontecía en el Derecho histórico patrio y en el romano. En la vigente LH se alude a ellas en los art. 2.º, 42 y 107, pero sin determinar su alcance y valor hipotecario. Semejante laguna ha sido, en gran parte, suplida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la DGRN.

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

En este sentido el art. 26.3 LH regula la eficacia frente a terceros de las prohibiciones de disponer impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, pero señalando “que serán inscribibles *siempre que la legislación vigente reconozca su validez*”.

Recordemos que no es misión de la Ley Hipotecaria determinar lo que es válido o no en la legislación sustantiva civil, cuestión que corresponde a ésta. Así como tampoco los efectos que deriven de sus contratos y pactos acordes con dicha legislación civil. En estos supuestos ocurre lo mismo que con la clásica discusión *numerus clausus-apertus*, en la LH dice su art. 2.º.2 “otros cualesquiera reales”, pero no porque ella pueda reconocerlos por sí sola, sino que en el caso de que la ley sustantiva civil regule un tipo nuevo, la LH deberá admitirlo.

A partir de la reforma de la LH de 1944 las prohibiciones de disponer voluntarias inscritas tienen eficacia real, siempre y cuando la legislación vigente reconozca su validez. En el caso de las prohibiciones testamentarias es claro en virtud de los arts. 781 y 785 C.c. No lo es tanto, como veremos en otros supuestos.

Contrariamente a nuestro Código civil, que en su regulación de la materia es muy parco, las Compilaciones forales de Cataluña y Navarra dedican bastante más atención al tema, la primera en su art. 117 (13), la segunda en sus leyes 481 y 482 (14).

(13) La prohibición o limitación de disponer sólo será eficaz si es temporal y responde a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque sea al afectado por la prohibición; en caso contrario constituirá mera recomendación.

Si la prohibición o limitación de disponer se hubieren impuesto para que los bienes hagan tránsito a otra persona, se considerará establecida sustitución fideicomisaria.

La prohibición o limitación de disponer no podrá exceder de los límites que se establezcan para la sustitución fideicomisaria.

Las prohibiciones o limitaciones de disponer implicarán un cercenamiento de la facultad dispositiva de los bienes, salvo que sea otra la voluntad del testador. Si la prohibición estuviere condicionada a la autorización de una persona, se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo, número 1 del art. 211.

(14) Ley 481: La prohibición de disponer establecida en actos a título lucrativo, inter vivos o mortis causa, a favor de personas determinadas o determinables dentro de los límites del párrafo segundo de la Ley 224, tiene siempre eficacia real y será inscribible en el Registro.

Ley 482: La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso tiene eficacia obligacional por el plazo máximo de diez años, siempre que se haga en favor de personas actualmente determinadas. Esta prohibición es inscribible, siempre que para ello

II. DELIMITACION DE CONCEPTOS

Para comprender el concepto de prohibición de disponer es completamente necesario partir de tres nociones previas cuales son: derecho subjetivo; facultad de disponer y poder de disposición.

El derecho subjetivo es “la situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa” (15).

Dentro del amplio campo de los derechos subjetivos es evidente que a nosotros nos interesa el derecho de propiedad definido doctrinalmente como el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa (16). En este sentido dice Lacruz (17) que “atendiendo al sentido gramatical y lógico de sus palabras, el art. 348 (C.c.) no hace sino caracterizar el derecho de propiedad, comparativamente, como el más amplio poder reconocido por el ordenamiento jurídico sobre una cosa, pero dependiendo su contenido de cada momento de las limitaciones establecidas por las leyes, es decir, del conjunto del ordenamiento contemporáneo, y no sólo de disposiciones concretas”.

Con De Castro (18) entendemos que la esencia del derecho subjetivo se manifiesta en un doble valor: como poder de una situación jurídica (poder de disposición) y por ser lícitos sus actos dentro de la esfera concedida (ámbito de lo lícito). Subraya este autor que “el acto del titular puede afectar (en general) a la sustancia del derecho subjetivo ab imis —mediante el poder de disposición, transmitiendo el derecho, reduciéndolo o limitándolo”.

Siguiendo también a De Castro (19) creemos que la facultad jurídica, para que alcance propio valor técnico, hay que reducirla a “la posibilidad de actuar concedida a una persona, para formar parte del contenido de una situación jurídica”. Dice el mismo autor que la peculiaridad de las facultades jurídicas se manifiesta en que no pueden ser enajenadas, renunciadas o prescritas, activa o pasivamente, más que en unión de la situación de que dependen mientras no se independicen formando nuevo derecho subjetivo; su ejercicio en cambio, para que sea legítimo o eficaz no requiere una titularidad específica, como los derechos y acciones, sino que basta el permiso, la mera posesión y el encargo”.

En este sentido nosotros utilizaremos los términos “facultad de dis-

exista convenio expreso, y una vez inscrita en el registro tendrá eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años.

(15) DE CASTRO, *Derecho civil en España*, Madrid 1984, p. 573.

(16) Vid. por todos DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil* III, 4.ª ed. p. 154.

(17) *Elementos de Derecho civil*, III, 2.ª ed. Barcelona 1988, p. 31.

(18) Ob. cit. p. 573.

(19) Ob. cit. p. 602.

poner”, como una de las facultades que forman parte del contenido y se integra dentro del derecho subjetivo de propiedad (20).

Sin embargo, es de todos sabido que, el concepto de facultad de disponer es precisamente uno de los más controvertidos en la doctrina civilista. El gran interrogante es si la facultad de disponer se halla dentro del derecho subjetivo o si, muy al contrario, es ajena a él.

Distintos términos se confunden o, mejor dicho, no se delimitan perfectamente cuando nos adentramos en el funcionamiento de la facultad de disponer. Capacidad de obligarse, capacidad de disponer, poder de disposición, facultad de disposición, legitimación, etc.

Es totalmente necesario distinguir la capacidad en general del poder de disposición. A la confusión entre estos términos conducen teorías mantenidas por algunos autores, como Ferrara, al entender que la facultad de disposición es algo distinto y ajeno al derecho del que se dispone.

La capacidad es “la cualidad jurídica de la persona que determina conforme a su estado, la eficacia de sus actos” (21).

Partimos así, de esta premisa “la capacidad es una cualidad jurídica de la persona”. Incidirá directamente en la eficacia de sus actos, pero es interna y propia de la persona en si misma considerada. En este sentido, la capacidad es elemento integrante de cualquier supuesto de hecho que constituya relaciones jurídicas, es decir, desde el punto de vista del sujeto es lo mismo que pretenda realizar una compraventa, que renunciar a un derecho, que otorgar testamento. En general, necesitará para todo tipo de actos, capacidad, especial en algunos casos.

El poder de disposición no es un atributo general de la persona, no es una cualidad jurídica de la misma. Díez-Picazo (22) define la facultad o poder dispositivo como la posibilidad jurídica que tiene el titular de un derecho de realizar actos que afecten radicalmente a la sustancia o a la subsistencia de dicho derecho”.

Entender que el poder de disposición es ajeno o no al derecho del que se dispone, supone, como veremos, que su función, en el sentido del momento en que se pone en funcionamiento, va a ser distinta y ello va a tener múltiples consecuencias.

En gran medida precursor de la idea de que el poder de disposición se halla fuera del contenido del derecho fue Thon (23) con su clásico ejemplo: “Yo puedo arrojar lejos una piedra, pero nadie dirá que es la

(20) Señala DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid 1983, p. 709: “La facultad o poder dispositivo es la posibilidad jurídica que tiene el titular de un derecho de realizar actos que afecten radicalmente a la sustancia o subsistencia de dicho derecho. La facultad o poder de disposición forma parte del contenido y se integra dentro del derecho subjetivo, cualquiera que sea la naturaleza de éste”.

(21) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit. pp. 49-50.

(22) *Fundamentos II*, cit. p. 709.

(23) *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 327.

piedra la que me da la fuerza para arrojarla; la fuerza estaba en mí antes, la piedra formaba sólo el objeto de su aplicación”.

Siguiendo a Thon, entre otros, Ferrara (24) entiende que es un error evidente sostener que la facultad de disposición es un poder que entra en el derecho de propiedad. De hecho, el propietario que enajena transmite la propiedad, en cuanto la propiedad es objeto de enajenación. Pero la fuerza que transmite la propiedad no puede formar parte de ella”. Lo que se transmite no puede ser al mismo tiempo lo que transmite” (25).

Siguiendo a estos autores, Villavicencio entiende que la facultad de disponer, ni es interna ni tampoco privativa del derecho de propiedad, sino un reflejo de la general libertad para disponer. Señala este autor que “la facultad por la que se dispone del derecho de usufructo, de un derecho de crédito, no es por naturaleza diferente de aquella por la que se dispone de un derecho total de propiedad... El hombre puede adquirir bienes y tiene, aún antes de adquirirlos, capacidad para disponer de ellos; cuando esta capacidad se concreta en una facultad de disponer actual y determinadamente, el poder que ha nacido no es distinto esencialmente, según la naturaleza del derecho sobre el cual opere” (26).

Al señalar este autor que la facultad de disponer es accesoria no tanto del derecho subjetivo sobre el que obra, sino de la titularidad del mismo derecho, creemos que hace una sustitución de términos que a nuestro modo de ver no es estrictamente necesaria.

Subraya este autor, en primer lugar, que la transmisión del derecho no implica la transmisión de la facultad, sin embargo la facultad desaparece porque la titularidad ha desaparecido al mismo tiempo. No obstante, esta opinión conduciría a pensar, que la facultad desaparece, porque el derecho subjetivo ha desaparecido, de la esfera de su anterior titular, desde el momento en que se transmite, conclusión absolutamente estéril.

De la misma manera, si como dice Villavicencio, “la facultad acompaña a la titularidad durante su vida, sufriendo sus vicisitudes”, no vemos ningún inconveniente en sostener que la facultad acompaña al derecho subjetivo durante su vida con independencia del sujeto que ostente dicha titularidad.

Podríamos decir que al objetivizar el poder del sujeto designándolo “derecho subjetivo”, estamos considerándolo como algo distinto del po-

(24) *Trattato di Diritto civile italiano*, I, I, Roma 1921, 1325 p. 327 y vid. también Ing. sul patrim. alturi. Riv. Dir. Comm. 1937, I, pp. 199 y ss.

(25) En el mismo sentido vid. BARASSI (I Dir r. p. nel nuovo C.c, Milano 1943, p. 425 y ss). Señala que el poder de disponer no es una de las facultades contenidas en el derecho. Y por esto es extraño al mismo; quien enajena la propiedad de una cosa no transfiere con ello la facultad de disponer, por el contrario, la potestad de disponer queda en él, y el adquirente pone en servicio, respecto a este derecho, su facultad de disponer.

(26) F. VILLAVICENCIO, *La facultad de disposición*, ADC, 1950, II, p. 1049 y ss.

der del sujeto a disponer de un contenido, que es precisamente esencia del derecho subjetivo.

Por último señala el citado autor que “si la titularidad ha desaparecido y se ha creado una nueva titularidad en tercera persona, la facultad de disposición del primer titular se esfuma y aparece en el nuevo una semejante facultad”. De cara a sus efectos ¿no sería lo mismo entender que con el derecho subjetivo se transmite la facultad de disponer que aparece en cabeza del nuevo titular por haber cesado en la de su transmitente?

El peligro de estas teorías es, evidentemente, su idea de la capacidad de disponer tan cercana a la capacidad de obrar.

Chiovenda (27) entiende que la facultad de disposición tiene su fuente en el general derecho de la personalidad, y más precisamente, en la capacidad de obrar; pero esta capacidad puesta en contacto con cada derecho subjetivo disponible, da lugar a otras tantas facultades concretas de disposición, que viven paralelamente junto a los derechos, autónomas no obstante su carácter instrumental (28).

Frente a todo lo anterior y siguiendo, entre otros, a Von Thur (29) creemos que la facultad o poder de disposición se encuentra dentro del derecho subjetivo. Hay que distinguir, por tanto y plenamente, entre capacidad de obrar y poder de disposición. Capacidad es una cualidad de la persona, mientras que el poder de disposición implica la relación jurídica que existe entre quien dispone y el patrimonio de que dispone (30).

La facultad de disponer de una cosa, por ej. de enajenarla está implícita en el derecho de propiedad sobre la misma, pero puede ocurrir que el propietario, aun teniendo en cuenta tal facultad de disposición, no tenga capacidad, como el propietario menor de edad.

Capacidad y facultad de disponer no se pueden confundir. La facultad de disposición nace directamente de la titularidad del derecho. El titular, por regla general, tiene poder de disposición y, sin embargo, puede ser incapaz. El capaz puede no ser propietario de nada, luego tiene capacidad y no poder de disposición.

Dice Von Tuhr (31) que “el poder de disponer del derecho subjetivo corresponde a su titular y se presenta como una facultad que integra el contenido del derecho. Pero existen dos excepciones: es posible que el poder de disposición del titular sea limitado y puede existir un poder de disposición sobre derecho ajenos”.

En este sentido, nosotros diferenciamos entre facultad de disponer y poder de disposición. La facultad de disponer se corresponde con la

(27) *Sulla nat. esprop.* en I Stit. dir. proc. civl., I, Napoli 1933, pp. 265-272.

(28) Vid. la crítica de DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos* II, cit., p. 711.

(29) *Derecho civil* II.2, Los hechos jurídicos, Buenos Aires, 1947, p. 37 y ss.

(30) Vid. Enneceus-Nipperdey, 22, p. 50-51.

(31) *Ibidem*.

titularidad del ius disponendi (32). Lo normal es que la facultad de disponer corresponda al titular del derecho y en ese sentido, facultad de disponer y poder de disposición, coinciden en el mismo titular, quizá en una relación de dependencia, de éste respecto de aquélla, contenidas en el derecho subjetivo.

En otras ocasiones, no ocurre así, como por ej., en la minoría de edad, en la donación con reserva de la facultad de disponer, en los casos de apoderamiento. En todos estos supuestos, la facultad de disposición sigue dentro del derecho subjetivo del que es titular el sujeto; sin embargo, el poder de disposición se atribuye a otro sujeto distinto, pero lo que le es atribuido bien por la ley, bien por la voluntad, es el poder de disposición no la facultad de disponer.

En este sentido la facultad de disponer emanaría directamente de la titularidad del derecho subjetivo. El término titularidad expresaría la unión o conexión de un derecho con un sujeto al que pertenece.

La doctrina en general utiliza con mucha frecuencia el término legitimación. Cariota Ferrara (33), siguiendo a Carnelutti (34), autor al que se le viene atribuyendo la paternidad de la teoría unitaria de la legitimación, que por otra parte el mismo reivindica, entiende por legitimación “la específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes o intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de estos”, es decir, “una particular relación del sujeto con el objeto del negocio o de otro acto jurídico”.

El término legitimación, a nuestro modo de ver, es un término demasiado amplio, precisamente porque se intenta reconducir a una categoría unitaria frente a la capacidad de obrar.

Entre nuestros autores, Ladaria (35) entiende por legitimación “el reconocimiento, hecho por la norma, de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto jurídico determinado”, añadiendo que “la legitimación del autor constituye un presupuesto de eficacia del acto”.

El concepto legitimación se aplica en distintos campos como es el procesal, el registral, el notarial (36), etc... Y dentro del nuestro propio, en un concepto general de legitimación se comprende desde la idoneidad para devenir sujeto activo o pasivo de una determinada relación concreta, hasta cualquier lazo o relación del sujeto con el patrimonio, que hace relevante el negocio del primero para el segundo (37).

(32) Vid. en este sentido MOXO, *Propiedad limitada: prohibiciones de disponer*. Conferencias de los cursillos 1948 y 1949, Colegio Notarial de Barcelona. *Propiedad y Matrimonio*. Barcelona 1956, p. 17 y 18.

(33) *El negocio jurídico*, trad. por ALBALADEJO, Madrid, 1956, p. 528.

(34) *Teoría general del Derecho*, trad. POSADA, Madrid, 1941, pp. 257 a 273.

(35) LADARIA-CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, p. 1-2.

(36) Vid. LADARIA, ob. cit. p. 32.

(37) Vid. CARIOTA-FERRARA, ob. cit., p. 529 y ss. las excepciones a la llamada legitimación ordinaria.

Bajo nuestro punto de vista, el titular de un derecho que ostenta la facultad de disponer se halla legitimado para actuar, en este sentido titularidad y legitimación coinciden. Sin embargo en aquellos supuestos a los que antes aludíamos, en los que es posible ceder el poder de disposición, se separan perfectamente los términos legitimación y titularidad, pues mientras el titular es un sujeto, el legitimado puede ser otro (38). Por tanto, entendemos el término legitimación como el poder ejercitar la facultad de disposición. Si es el titular del derecho el que ejerce la facultad de disposición, esto es, tiene poder dispositivo, podemos hablar de titularidad o de legitimación; en el segundo supuesto, es decir, cuando actúa en virtud de su poder de disposición, únicamente de legitimación.

En este sentido, entendemos las palabras de Moxo (39), "Titularidad o legitimación es, simplemente la unión o conexión de un derecho, o de una facultad, con un sujeto al que pertenece", siempre y cuando estemos hablando de legitimación directa.

III. DISTINCION DE FIGURAS AFINES

Conforme al art. 23.6 de la LH son susceptibles de inscripción las prohibiciones de disponer "impuestas por el testador o donante en actos de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito" "siempre que la legislación vigente reconozca su validez".

Con base en este precepto, son inscribibles las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título gratuito siempre y cuando la legislación vigente reconozca su validez.

Para centrarse en el estudio de la prohibición de disponer impuesta en actos a título gratuito, hay que hacer una primera llamada que evite la confusión.

De forma muy general, que posteriormente individualizaremos, se puede hablar de dos tipos de prohibiciones de disponer y, siempre desde ahora, impuestas en actos a título gratuito. Aquéllas que de alguna manera forman parte o, mejor dicho, se hallan al lado de otra institución, como son los supuestos de sustituciones fideicomisarias, donaciones con reserva de la facultad de disponer por el donante, reversión de donaciones a favor de terceras personas ajenas al donante, o los llamados "pseudo-usufructos testamentarios; y aquellas otras que denominaremos prohibiciones de disponer puras, que son aquellas que el testa-

(38) Aunque aludiremos a ello posteriormente es necesario aclarar, que para nosotros el término legitimación implica un reconocimiento de licitud por parte del Ordenamiento. En este sentido a la actuación del sujeto sin poder de disposición o incluso sin titularidad sobre el derecho, en todo caso debe denominarse legitimación aparente.

(39) Ob. cit. p. 17.

dor o donante imponen pero que no entran a formar parte de otra institución, no implicando, por tanto, los supuestos enumerados anteriormente.

Generalmente, en la práctica los problemas que se han planteado han sido del primer tipo, y, como veremos, no tienen mayor complicación, fundamentalmente en cuanto a su cumplimiento, que el funcionamiento propio y específico de la institución de que se trate.

Respecto de las que hemos denominado “prohibiciones puras”, veremos distintos supuestos, pues no es lo mismo que se imponga una prohibición de disponer en la que de determinada manera exista o pueda existir un beneficiario de la misma, que aquéllas en las que no exista causa suficiente, en el sentido de que no exista ningún tipo de beneficio para nadie. No debe admitirse un sistema de prohibiciones abstractas que valgan con independencia de su causa.

Por ello, es fundamental en el tratamiento de esta materia analizar los supuestos que implican uno u otro tipo de prohibición.

Por otra parte, no debe olvidar que la LH, en su art. 26.3, declara la inscribibilidad de la prohibición de disponer impuesta en actos a título gratuito, pero siempre y cuando la legislación vigente reconozca su validez. Por ello es necesario saber si, efectivamente, nuestra actual legislación reconoce la validez de las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título gratuito y si ello es así, la pregunta se centra en saber si la prohibición de disponer tiene un régimen jurídico independiente de la institución a la que acompaña o no, y que se manifestará en toda su extensión en el caso de la llamada prohibición de disponer pura.

1. Donación y prohibición de disponer

En sede de donaciones, dos preceptos de nuestro Código civil son fundamentales, los artículos 639 y 641.

El art. 639 recoge el supuesto de la reserva por el donante de la facultad de disponer. En torno a él algún sector de la doctrina se ha planteado si este tipo de reserva conlleva o implica prohibición de disponer para el donatario (40). Es general, entender que la reserva del donante no implica prohibición de disponer. En este sentido señala Rodríguez-Adrados (41) que “en nuestro sistema, el donatario, es el propietario de la cosa, precisamente porque la donación es válida; y como tal propie-

(40) Vid. sobre este tema ALBALADEJO, *Comentarios al C.c. y Comp. Forales*, t. VIII-2, art. 639; CASTILLO, *Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítima*, ADC 1982, pp. 357 y ss.; CRISTÓBAL-MONTES, *La donación con reserva de disponer*, 1971; IRURZUN, *La donación con reserva de la facultad de disponer* (algunos problemas que plantea el art. 639 del C.c.), 1967; RODRÍGUEZ-ADRADOS, *La donación con cláusula de reserva de la facultad de disponer*, AAMN XVI, p. 419 y ss.

(41) Ob. cit. p. 475.

tario, tiene todas las facultades derivadas del dominio, y entre ellas el “jus disponendi”, pero su titularidad, y la de los que traigan causa de el, por actos mortis causa o inter vivos, está afecta a una causa de revocación, o de constitución de un derecho real o de una carga o gravamen, en virtud de las facultades dispositivas del donante” (42).

Sin embargo, Castillo (43) concluye que la donación con reserva de la facultad dispositiva implica prohibición de disponer. Dice este autor: “la reserva del poder de disponer al constituir un derecho en si mismo considerado imposibilita que el donatario disponga de los bienes de su propiedad”.

Como hemos dicho, es general entender que la reserva de la facultad de disponer por el donante no implica prohibición de disponer para el donatario.

Desde un punto de vista dogmático, en puridad, ello es así. El donante, al realizar la donación, transmite el bien con la aceptación del donatario; desde ese momento, la titularidad del derecho la ostenta el donatario y, con ella, la facultad de disponer sobre el bien donado (44). El donante, sin embargo, lo que se reserva es el poder de disposición. Por tanto, el que el donante se haya reservado dicho poder no implica prohibición para el donatario, que podrá disponer de lo que tiene, que es el derecho en cuestión, sujeto a la posibilidad de que el donante ejercite en algún momento el poder dispositivo sobre el bien donado.

Es muy difícil que el donatario transmita su derecho, en este caso la propiedad del bien con la posibilidad de que posteriormente el donante ejercite el poder de disposición, no porque el donatario no quiera, sino porque es muy dudoso que encuentre un posible adquirente.

Creemos, con la mayoría de la doctrina, que la donación con reserva de la facultad de disponer no implica, por si, prohibición de disponer. Recordemos que una de las notas características de las genuinas prohibiciones de disponer es precisamente que no se reconoce el poder de disposición en nadie.

Castillo señala en este sentido que, el donatario no tiene el poder de disposición sobre el objeto en cuestión porque dicho poder se encuentra en cabeza del donante. En nuestra opinión, tal situación no se debe configurar dentro de la categoría de las prohibiciones de disponer, porque en éstas no se atribuye el poder dispositivo a otra persona. Otra cuestión, como veremos, es que al lado de la reserva de la facultad de disponer por el donante exista otra disposición por la que el donatario no pueda disponer, pero éstas son cuestiones distintas.

(42) En el mismo sentido, vid. ALBALADEJO, ob. cit. p. 267; CRISTÓBAL-MONTES, ob. cit. p. 177.

(43) Ob. cit. p. 372-373.

(44) Vid. RODRÍGUEZ-ADRADOS, ob. cit., p. 473, señala este autor “el donatario tiene también el poder de disposición derivado de su titularidad, pero subordinado, como la titularidad misma, al derecho reservado a favor del donante”.

Con independencia de la reserva de la facultad de disponer por el donante, el Código Civil en su art. 641 regula parcialmente el complejo problema de las donaciones con cláusula de reversión (45) que, en determinada manera, pueden implicar prohibición de disponer del bien donado.

El art. 641 hace referencia a dos supuestos distintos: reversión en favor del donante, válida para cualquier caso y circunstancia; y reversión en favor de otras personas, válida siempre y cuando se repiten las limitaciones que el Código civil establece para las sustituciones fideicomisarias.

La reversión en favor del donante puede producirse por el incumplimiento de la prohibición de disponer impuesta al donatario a modo de condición resolutoria. En este supuesto, es evidente que el donante deberá expresar este tipo de condición, pues la reversión en favor del donante por si misma no conlleva prohibición de disponer.

En el mismo supuesto anterior nos encontraríamos si el donante prohíbe disponer al donatario como causa de la reversión en favor de un tercero; en tal caso, el incumplimiento de la prohibición produciría la reversión. Si partiésemos de la inadmisión de prohibiciones de disponer, sería cuestionable si el donante podría conseguir el mismo resultado que se obtendría con la prohibición, bien, a través de una condición resolutoria, bien como causa de reversión. Si el resultado obtenido a través de las prohibiciones de disponer no es admisible tampoco deberían admitirse otras vías que persiguieran igual resultado que el no permitido. No es un problema de medios sino de fines.

Si el Ordenamiento admite la prohibición de disponer en contra de la libre circulación de los bienes, deberá permitirse el mismo fin a través de condiciones resolutorias o como causa de reversión en donaciones. Si no se admiten, no podrán ser utilizadas otras vías que conduzcan al mismo resultado.

Con independencia de lo anterior, la verdadera cuestión, en tema de reversión en favor de tercero, se produce cuando la reversión se acuerda en virtud de cualquier otra causa (46). ¿En estos caso existe prohibición?

Hasta que se produzca la reversión, el donatario es el titular de los bienes donados, por lo que tendrá las facultades de todo titular, no obstante con la amenaza del suceso reversional.

(45) Vid entre otros: ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VIII-2, Madrid 1986, com. al art. 641, p. 273 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. II, Madrid 1987, p. 405; LACRUZ BERDEJO, *Donaciones con cláusula de reversión*, en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona 1958, p. 242 a 251; VALLET DE GOITISOLO, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, p. 409 y ss.

(46) Vid. LACRUZ BERDEJO, *Donación*, cit. p. 244 las distintas hipótesis de construcción del llamamiento reversional.

Dada la remisión del art. 641 C.c. a la sustitución fideicomisaria (47), deberá conservar los bienes pudiendo disponer de ellos con el consentimiento del donatario ulterior (48). En otro caso, estaríamos ante un supuesto parecido al recogido por el art. 639 C.c. en el sentido de que en caso de disponer, el acto de disposición deberá respetar la reversión, y llegará a ser definitivo en el supuesto de que ésta no se produzca.

Se puede observar que en todos estos supuestos, como decíamos anteriormente, si bien no existe una genuína prohibición de disponer, dicha prohibición puede formar parte de la institución de que se trate, surtiendo los mecanismos propios de la figura en cuestión.

En la práctica, la prohibición de disponer se suele utilizar normalmente para reforzar, bien donaciones con reserva de la facultad de disponer por el donante, bien en supuestos de reversión de los bienes donados pero, como decimos, estipuladas al lado de ellas y, en este sentido, con independencia de la prohibición que puede llevar ínsita la propia institución.

Es de citar la STS de 24 de mayo de 1926. Los antecedentes de hecho fueron los siguientes: J. y T. en consideración y para atender a las necesidades económicas del matrimonio de su hijo, entonces previsto y que posteriormente se celebró, le hicieron donación y heredamiento universal de todos sus bienes y derechos reservándose el usufructo vitalicio. Esta donación y heredamiento universal fueron sometidos a condición de que el donatario, “teniendo hijos podrá disponer libremente y no teniéndolos, tan sólo podrá disponer de 5.333,33 ptas.”

En 1921, con posterioridad a sus padres fallece el donatario sin hijos ni descendientes, dejando su herencia a su viuda. La hermana del donatario acciona contra la esposa de éste.

La sentencia, en su estudio diferencia, por una parte, la donación y, por otra, el heredamiento universal. Respecto de la primera, señala en uno de sus considerandos “que la limitación que los cónyuges donadores impusieron sobre la porción de bienes de que no podía disponer el donatario, no teniendo hijos o descendientes, sea estimada meramente un modo, ya se le atribuya el carácter jurídico de condición resolutoria, el derecho de J. quedó completamente purificado con el fallecimiento de este donatario, ocurrido sin dejar hijos o descendientes, legítimos, pero cuando ya no vivían los padres donantes; porque éstos eran los únicos que pudieron ostentar el derecho a ejercitar acción encaminada a conseguir que, una vez pasado el tiempo en orden al concepto modal e incumplida la condición resolutoria de que en este aspecto jurídico dependiera la facultad de libre disposición de todos los bienes de la donación, volvieran los que habían quedado afectos a la expresada limi-

(47) Vid. ROMÁN GARCÍA, *El Derecho de reversión legal*, Madrid, 1984, p. 138. Respecto de la relación entre los arts. 641 y 812 del C.c.

(48) Vid. ALBALADEJO, *Comentarios*, cit. p. 281.

tación dominical al patrimonio de los cónyuges donantes, en los que radicaba exclusivamente la cualidad de acreedores respecto de la obligación de conservarlos que dicha limitación se deducía contra el donatario...”.

Respecto del heredamiento se señala en otro de los considerandos “que como los instituyentes, padres no designaron la persona o personas a que debieran pasar los bienes del heredamiento en el instituido J. sin dejar hijos o legítimos descendientes, es evidente que después de la muerte del así instituido, no pudo nacer derecho que tuviera su origen en la voluntad de los cónyuges, que la omitieron y sigilaron respecto al destino ulterior de dichos bienes y, por tanto, quedaron libres en el patrimonio del instituido J. todos los que constituían la universalidad de bienes que integraban el heredamiento, sin hallarse, al fallecimiento del instituido, sujetos a otra voluntad que la que éste, en ejercicio de su derecho, reveló en el testamento otorgado a favor de su esposa...”.

Es de subrayar, a pesar de lo dicho por el Tribunal Supremo, que no es igual considerar la prohibición como un modo que como condición resolutoria, pues de estimarse esto último, la hija de los donantes, como heredera suya, podría impugnar el acto realizado por el donatario.

Es de interés también la RDGR de 23 de octubre de 1980. Como consecuencia de un proceso ejecutivo iniciado contra A., se ordena por el Juzgado de Primera Instancia, la expedición de mandamiento de embargo dirigida al Registro de la Propiedad sobre una finca urbana propiedad del deudor. El Registrador califica con la siguiente nota: “No practicada la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, por el defecto insubsanable de figurar inscrita la finca embargada con prohibición de enajenarla ni gravarla durante la vida de la donante A. sin su consentimiento, y reservada a favor de dicha donante la facultad de vender la finca en caso de necesidad... apareciendo además el usufructo vitalicio de dicho inmueble a favor de M.”.

Con independencia de saber —cuestión que trataremos posteriormente— si la prohibición de disponer impide, además de los actos dispositivos del titular del bien, aquellos otros que indirectamente pueden producir resultado contrario a la prohibición y en contra del art. 1911 C.c., lo que es destacable de esta resolución, por ahora, es precisamente resaltar que la prohibición de disponer suele incluirse al lado de la reserva por el donante de la facultad de disponer y, en cierta manera, con independencia de ella (49). En este sentido, la Dirección en uno de sus considerandos señala que “aunque menguada en la actualidad, puede consolidarse en su momento plenamente la titularidad dominical del deudor, ya que la enajenación del bien es puramente temporal, y si des-

(49) En este caso donación con: reserva de la facultad de disponer por el donante; prohibición de disponer en el donatario; y reserva del usufructo vitalicio, es evidente que la prohibición de disponer se impuso en interés de la donante. La acción en caso de infracción de la prohibición, clara en este supuesto, correspondería a la propia donante.

aparece la causa que lo justifica recobra el inmueble la libertad de poder ser transmitido, ya que tal prohibición en este caso no es más que un complemento de la reserva de la facultad de disponer y sujeta, como ésta última, a idéntica condición resolutoria, por lo 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”.

Castillo (50), comentando esta resolución, señala que la Dirección en este caso entiende que la reserva de la facultad de disponer ex art. 639 no implica prohibición de disponer para el donatario. Señala este autor: “Si la resolución parte de la base de que la donación ex art. 639 es una donación sujeta a condición resolutoria, no cabe duda de que el donatario podrá realizar actos de disposición sobre los bienes donados, por lo que tal donación no supone prohibición de disponer”.

Como dijimos anteriormente, desde un terreno puramente dogmático, creemos que la reserva de la facultad de disponer ex art. 639 no conlleva prohibición de disponer para el donatario. Pero en el caso de la resolución citada, existía prohibición de disponer al lado de la reserva; en este sentido, la decisión de la Dirección no se hallaba vinculada tanto a la reserva como a la expresa prohibición (51).

Sin embargo, otro problema podría plantearse en la citada resolución. Si la admisión de la anotación de embargo, como dice la Dirección, conduce a mejor garantía de los acreedores, difícil es ver esa garantía si el donante en cualquier momento, dada la reserva establecida, puede utilizar su poder de disposición sobre el bien donado. A lo anterior cabe añadir que el problema fundamental de dicho supuesto sería si llegado el momento de ejecución del bien embargado, procedería la adjudicación del mismo (52). En sede de donaciones comprobamos que el art. 639 C.c. no implica genuina prohibición de disponer y que el art. 641 que a primera vista parecería el precepto que acoge esta institución, lo único que regula es la posibilidad de reversión efectuada en favor de terceros con los límites de las sustituciones fideicomisarias.

Veremos inmediatamente que tampoco la sustitución fideicomisaria implica una genuina prohibición de disponer pues el fiduciario tiene poder de disposición y lo que no puede hacer es lesionar el derecho del fideicomisario. La prohibición de disponer supone un cercenamiento total de la facultad de disponer, por lo que ésta es una institución frontalmente contraria a la libre circulación de los bienes, que es un principio de orden público económico, fundamental en nuestro Derecho.

El último artículo de la Sección tercera del Capítulo II del Libro III

(50) Ob. cit. p. 371 yss.

(51) Vid. p. 160 del presente trabajo.

(52) Vid. pp. 160 y ss. del presente trabajo.

señala que “todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos se entenderá aplicable a los legatarios”, mientras que el art. 639 del Proyecto de 1851, también en sede de sustituciones, señalaba que “lo dispuesto en esta sección se observará igualmente en los legados y donaciones”. Nuestro art. 789 no contempla la remisión a la donación. Esto proporciona un fuerte argumento en contra de la admisión de la genuina prohibición de disponer en donaciones. Si tenemos en cuenta que la prohibición de disponer no se presume, y que su publicidad en virtud del art. 26 LH depende de su reconocimiento, de su admisión por la ley sustantiva civil, podemos concluir que es muy dudosa la admisión de la prohibición de disponer impuesta en una donación.

2. Sustitución fideicomisaria y prohibición de disponer

Las prohibiciones de disponer en materia testamentaria se recogen en nuestro Código civil, en el párrafo segundo del art. 785 para expresar el límite temporal de su eficacia, remitiéndose al art. 781. En este sentido, no surtirán efecto las prohibiciones de disponer perpétuas, ni aún las temporales, fuera del límite del segundo grado. Por lo que serán válidas las disposiciones que contengan prohibición de disponer dentro del límite señalado en el art. 781.

Nuestro Código civil, parco en esta materia, acoge en sede de sustitución, la prohibición de disponer testamentaria, al lado de las sustituciones fideicomisarias (53).

Pese a lo anterior, sustitución fideicomisaria (54) (55) y prohibición

(53) De forma directa el art. 785.2 es el único precepto de nuestro C.c. que menciona la prohibición de disponer. Lógico si a ello añadimos la pobreza de regulación de una materia que en nuestra historia ha sido fundamental, la sustitución fideicomisaria. Señala MARÍN LÓPEZ, *El segundo grado en las sustituciones fideicomisarias*, RGLJ, vol. 169, p. 10 que “salta a la vista la notoria desproporción que existe entre la importancia que los fideicomisos han tenido en la historia de las instituciones jurídicas españolas y las pocas normas que constituyen el régimen para ellos establecido en el Código civil, la mayoría de los cuales obedecen a la preocupación del legislador de limitar el arbitrio de los testadores, a fin de reducir el alcance de la vinculación contenida en las sustituciones fideicomisarias.

(54) Siguiendo a ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, p. 30), hay que señalar la distinción entre el fideicomiso puro y la sustitución fideicomisaria. “En el primero, el primer llamado ha de hacer entrega o restitución de los bienes fideicomitados de una manera inmediata; en la sustitución fideicomisaria, la restitución se opera después de algún tiempo (transcurrido determinado plazo o cumplida una condición resolutoria), de modo que entonces el fiduciario conserva los bienes durante un tiempo, durante el cual el fiduciario conserva y tiene en su dominio y poder los bienes fideicomitados”. Nosotros hablamos siempre de sustitución fideicomisaria.

(55) No haremos referencia al fideicomiso de residuo, en el sentido de ser verdadera sustitución fideicomisaria o no, vid. en esta materia DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo*, Barcelona 1981, p. 36 y ss., y doctrina allí citada.

de disponer, son figuras distintas. Como veremos, suelen coincidir en la práctica, aunque no suceda siempre.

Es cierto que la sustitución fideicomisaria implica de alguna manera prohibición de disponer, pero no a la inversa. Es indudable que la prohibición de disponer no conlleva sustitución fideicomisaria. La primera diferencia que hay que señalar entre ambos conceptos, en torno a su régimen jurídico, es que la prohibición de disponer no da lugar a una sustitución fideicomisaria, porque en ésta los bienes conservados por el fiduciario pasan al fideicomisario como herencia del fideicomitente mientras que los bienes que recibiese quien heredase teniendo prohibido disponer, a su muerte irían a sus herederos como herencia suya y no del testador (56).

A la inversa, suele decirse por algunos autores que si la prohibición de disponer no implica sustitución fideicomisaria, toda sustitución fideicomisaria conlleva prohibición de disponer (57), probablemente al entender que el heredero fiduciario carece de poder de disposición. Roca Sastre (58) señala como características de la sustitución fideicomisaria, bien sea a término o condición, las siguientes:

— Duplicidad o pluralidad de llamamientos no simultáneos, sino sucesivos.

— Necesidad de conservar (prohibición o impedimento de enajenar) y de restituir (gravamen restitutorio) de todo o parte de la herencia, impuesto al primero o anterior heredero o legatario llamado.

— Orden de sucesiva transmisión de los bienes fideicomitidos, los cuales siguen, en su virtud, una trayectoria o destino sucesorio pre-determinado.

Sin embargo, esta postura no es unánime. Lacruz (59) (60) señalando que la doctrina dominante entiende que el fiduciario carece de poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos, observa que esta tesis no puede acogerse sin reservas, pues la sustitución fideicomisaria, tal como la regula el Código civil, no comporta una propia prohibición de disponer, y sí sólo, por virtud del deber de conservar y entregar del preheredero, limitaciones en su facultad de enajenar, en cuanto pueda perjudicar con ella el derecho del fideicomisario” (61) (62).

(56) Vid. ALBALADEJO, *Comentarios al C.c. cit., com. al art. 785*, p. 378.

(57) Vid. PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo III-2; Barcelona 1980, p. 138.

(58) *Estudios II*, cit. p. 33.

(59) *Elementos V*, Barcelona 1981, p. 334.

(60) Vid. también LACRUZ en sus *Anotaciones al Derecho de Sucesiones* de JULIUS BINDER, Barcelona 1953, p. 239.

(61) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema IV*, Madrid 1987, p. 508, señalan que “sobre el fiduciario pesa la obligación de conservar, no simplemente con el carácter de una prestación que le pueda ser exigida por el fideicomisario con su correspondiente responsabi-

La duda surge, pues, en torno a si la sustitución fideicomisaria conlleva o no prohibición de disponer, es decir, si el fiduciario tiene poder de disposición sobre el bien fideicomitado o no (63).

No existe en nuestro Código Civil (64) un precepto semejante al §2.112 BGB que señala que el heredero fiduciario puede disponer de los objetos del caudal relicto (65). Aunque dicha disposición, para mayor seguridad del fideicomisario, se halle limitada (66).

En realidad, lo que señala el art. 781 de nuestro C.c., es que el heredero conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia. Sin embargo, como observan Díez-Picazo y Gullón (67), esa obligación de conservar "en modo alguno puede conceptuarse como estática". Señalando estos autores que el fiduciario incumpliría su obligación de conservar si por no disponer de los bienes fideicomitados permitiese una desaparición o deterioro de los mismos.

En nuestra opinión, la obligación de conservar y transmitir los bienes que pesa sobre el fiduciario no conlleva prohibición de disponer, esto es, la prohibición de disponer de los bienes no es consustancial a la sustitución fideicomisaria. Ello tampoco quiere decir que el fiduciario pueda en cualquier momento disponer de los bienes fideicomitados. El fiduciario, como propietario actual de los bienes, tiene poder de disposición sobre los mismos, no obstante limitado en cuanto que signifique un perjuicio al derecho del fideicomisario.

lidad por incumplimiento, sino con trascendencia real, ya que limita los poderes de disposición sobre los bienes fideicomitados *en los que perjudique a aquel*".

(62) DÍAZ ALABART, ob. cit. p. 37, para argumentar que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, advierte que "el deber de conservar los bienes fideicomitados (no pudiendo así disponer de ellos, como, por el contrario, sí puede el fiduciario si el fideicomiso es de residuo) no es de esencia a la sustitución fideicomisaria, a la que sólo es de esencia el orden sucesivo de herederos..."

(63) Vid. LÓPEZ LÓPEZ, *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil*, ADC 1955-II, p. 743 y ss.

(64) Vid. el art. 192 de la *Compilación de Derecho civil de Cataluña y la ley 234 de la Compilación de Derecho civil de Navarra*, que permite al fiduciario bajo su responsabilidad y por si solo vender las cosas que no pueden conservarse, etc.

(65) La integridad del caudal relicto se asegura en virtud del principio de subrogación 2.122 BGB.

(66) §2.113 BGB "La disposición del preheredero sobre una finca perteneciente a la herencia o sobre un derecho en una finca perteneciente a dicha herencia es ineficaz en el caso de producción de la postsucesión, en la medida que frustrase o dañase el derecho del heredero fideicomisario". Señala KIPP, *Derecho de sucesiones*, en el *Tratado de Enneccerus. Kipp. Wolff*, anot. Roca Sastre/Puis Ferriol, Barcelona 1976, p. 473: "La ineficacia no sólo se considera existente en relación con el heredero fideicomisario; no es éste el único que puede ejercitarla, sino cualquiera. Pero está objetivamente limitada en su extensión: sólo subsiste en tanto que el derecho del fideicomisario resulta perjudicado por la disposición".

(67) *Sistema IV*, cit. p. 509.

En consecuencia, los términos sustitución fideicomisaria y prohibición de disponer no se corresponden, en el sentido de que toda sustitución fideicomisaria lleve consigo prohibición de disponer del bien fideicomitado o de que la prohibición de disponer en testamento implique sustitución fideicomisaria.

La prohibición de disponer supone un recorte en el poder de disposición del titular del derecho, pero sin crearlo en ningún otro sujeto, esto es, nos hallaremos ante una verdadera prohibición cuando no coexista un derecho subjetivo en otra persona (68).

En la sustitución fideicomisaria, el poder de disposición del fiduciario se halla limitado por la coexistencia de un derecho que ostenta otro sujeto (69). Por ello, el límite de su poder está ínsito en la configuración de su propio derecho puesto que de alguna manera se conecta con otro derecho de un tercero que es el del fideicomisario.

De forma semejante ocurre, por ejemplo, en los supuestos de opción, tanteo o retracto. En estos casos, la restricción que pueden suponer en la libre disposición deriva de la atribución de un derecho potestativo a otra persona. No serán supuestos de prohibición de disponer en la medida en que la limitación tenga su origen en la conexión de esa facultad de disponer a un tercero. En estos supuestos, señala Montes Penades (70), “existirá eficacia concurrente de un derecho ajeno”.

En la sustitución fideicomisaria ocurre algo semejante pues existe la concurrencia del derecho de otra persona. Por el contrario, esto no sucede en las prohibiciones de disponer, en las que, como decíamos en páginas anteriores, puede existir un beneficiario o no, pero no coexiste un derecho subjetivo de otra persona. La prohibición de disponer, como venimos repitiendo, supone un cercenamiento total de la facultad de disponer. Ello no sucede en la sustitución fideicomisaria pues el fiduciario podrá disponer siempre y cuando no lesione el derecho del fideicomitente. Sin embargo, nuestro Código Civil reconoce su validez en el art. 785.II y en este sentido y en virtud del art. 26 LH tienen eficacia real.

(68) Vid. en este sentido AMORÓS GUARDIOLA, *Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente* (Comentario a la STS 12-11-1963), ADC 1965, p. 953 y ss. y 965-967; MOXO RUANO, *Propiedad limitada: Prohibiciones de disponer*. Propiedad y matrimonio, Barcelona 1956, p. 22; MONTES PENADES, *El modo testamentario y las prohibiciones de disponer*, ADC 1974-I, p. 322, entre otros.

(69) Señala MANRESA (*Comentarios al Código civil*, tomo 6, Madrid 1989, p. 136) que “si el fiduciario tiene el deber de entregar al fideicomisario la herencia sujeta a esta clase de sustitución, y los derechos del fideicomisario arrancan de la muerte del testador, cuya voluntad es el título generador de tales derechos, inducible aparece que con el fallecimiento del causante quedó creado un derecho a favor de éste que la ley no puede menos que respetar”.

(70) *El modo testamentario y las prohibiciones de disponer*, ADC 1974-I, p. 322.

En la práctica, las prohibiciones de disponer en testamento suelen utilizarse para reforzar supuestos de sustituciones fideicomisarias. Es el caso de las STS de 5-4-1934; 9-7-1957; 19-10-1962 y de las RDGR de 11-3-1932; 23-6-36; 21-4-1949 y 5-9-1974. En alguna ocasión a la sustitución fideicomisaria no se le añade prohibición como es el caso de la RDGR de 10-3-1944 y de la STS de 29-1-1916, si bien en este último supuesto el Tribunal Supremo entendió que la obligación de conservar los bienes en la sustitución fideicomisaria implica una prohibición de enajenar dichos bienes. En otro caso, STS 27-9-1930, entendió que de la prohibición de disponer deriva sustitución fideicomisaria, pero hay que aclarar que en este supuesto en realidad existía sustitución. Por último existen casos de prohibiciones de disponer puras, como en los supuestos de las STS de 6-2-1884 y 12-1-1907; y las RDRD de 21-10-1924; 23-3-1926; 20-12-1929; 14-10-1932; 28-3-1944; 18-4-1952; 18-1-1963; 15-11-1972; 22-2-1989 (71).

3. Pseudo-usufructo testamentario y prohibición de disponer

Es bastante frecuente encontrarse, en la práctica, con prohibiciones de disponer incluidas en cláusulas testamentarias por las que el testador instituye heredero en usufructo vitalicio a una persona sin atribución coetánea de la nuda propiedad a nadie. En estos casos, el testador no designa al mismo tiempo al usufructuario y al nudo o nudos propietarios correlativos, sino plenos propietarios a partir de la muerte de dicho usufructuario.

Estos supuestos suelen formularse de la siguiente manera: "Instituyo heredera en usufructo a mi hermana pasando el pleno dominio a su muerte a los hijos que ésta tenga entonces"; o "Instituyo heredera usufructuaria a mi esposa, y a su muerte serán herederos en pleno dominio mis hermanos A y A".

A veces, al lado de este tipo de cláusulas, se prohíbe disponer de determinados bienes. Un ejemplo bastante clarificador es el caso de la RDGR de 23 de julio de 1924. "X. lega a su sobrino F. en usufructo vitalicio 75.000 ptas.; y lega al mismo F. también en usufructo vitalicio una casa. La propiedad de ambos la lega a los hijos legítimos de F. —por partes iguales a todos ellos, lo mismo a los que existan cuando la testadora fallezca que a los nacidos después—, ya que la voluntad de la testadora era que todos los hijos legítimos de F. participaran de dicho beneficio. Asimismo prohíbe expresamente la venta y pignoración de esos valores y casa durante la vida del usufructuario, y sólo cuando éste fallezca podrán disponer sus hijos del legado en pleno y absoluto dominio".

(71) Las distintas sentencias y resoluciones son comentadas posteriormente al analizar los problemas concretos que plantean.

Entre otros casos, se pueden citar las RDGR de 15-1-1952 y 1-2-1952. En la primera de éstas, el testador instituyó heredera en usufructo vitalicio a sus tres hijas con la prohibición de enajenar y gravar mientras vivieran dos de ellas, pues sólo podría hacer uso de tales facultades aquella que, por sobrevivir a las demás, fuese heredera en pleno dominio.

En la última de las citadas resoluciones, el testador dispuso la siguiente cláusula respecto de determinados bienes: "El usufructo de estos bienes se lo adjudica a su hijo J., padre de los nietos, a quienes les lega la nuda propiedad, cuyo usufructo durará toda la vida de éste su hijo, recayendo al fallecimiento del mismo, o sea la plena propiedad entre sus hijos, nietos del testador a quienes les adjudica la nuda propiedad. Es condición de la adjudicación de estos bienes que no se podrán gravar, ni vender hasta que los nietos lleguen todos a la mayor edad".

La cuestión fundamental en este tipo de cláusulas no es tanto la prohibición como la disposición de un derecho real limitativo del dominio, el usufructo, sin una atribución coetánea a alguien de la nuda propiedad (72) (73).

De entender que en estos supuestos existe sustitución fideicomisaria, sin prohibición de disponer añadida, no existirá problema en su régimen jurídico, pues será aplicable el de éstas. Para aquellos que entiendan, como expresan las STS 4-2-1970 y 4-12-1975 que el usufructo no requiere la nuda propiedad coetánea, de no existir expresa prohibición

(72) Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos V*, ob.cit. p. 346 a 348.

(73) GONZÁLEZ PALOMINO (*Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario*, AAMN, t. II, p. 450 y ss. y *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, AAMN, t. V, p. 830 y ss.). entiende que "al no existir en ellas disposición actual de nuda propiedad, cuya existencia es necesaria para que se de el usufructo, y los llamados al pleno dominio son de momento desconocidos y pueden ser *nondum concepti* en el momento de abrirse la sucesión, no hay más remedio, si se quiere respetar la voluntad del testador, que entender que tales cláusulas llevan implícita una sustitución fideicomisaria".

Hoy es opinión generalizada que la calificación de las cláusulas de disposición del usufructo depende sobre todo de la voluntad del testador, y por tanto es cuestión de interpretación.

Según LACRUZ BERDEJO (*Elementos V*, cit. p. 346 a 348) "parece probable que si viven ya el usufructuario y quienes tras su muerte son instituidos nudos propietarios, la atribución de usufructo sea mero legado de un derecho real limitado, y no asignación de la herencia a un fiduciario.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema IV*, cit., p. 517) señalan que "si la atribución de los usufructos va acompañada de una atribución del pleno dominio a otras personas a la muerte del usufructuario, y esas personas viven al abrirse la sucesión del causante, sin estar condicionada su adquisición, no hay necesidad de pensar en una sustitución fideicomisaria. Estamos ante llamamientos al usufructo y a la plena propiedad, éste aplazado simplemente. Por tanto, desde la muerte del testador, hay usufructo con nudas propiedades coetáneas".

En cambio es general opinar de manera distinta cuando se instituye en nuda propiedad a personas futuras, pareciendo más viable la sustitución fideicomisaria. Vid. por todos DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*ibidem*).

de disponer el usufructuario sólo podrá disponer de lo que tiene, su derecho de usufructo. Si en ambos supuestos existe expresa prohibición de disponer, seguirá ésta su régimen jurídico propio.

IV. CONCEPTO Y REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Es general entender por prohibición de disponer la privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados requisitos (74).

Como vimos en páginas anteriores, las prohibiciones de disponer impuestas en testamento se admiten por nuestro Código civil en el art. 785.2. Dicho precepto hace alusión únicamente al límite temporal de su eficacia, remitiéndose al art. 781 del mismo cuerpo legal (75).

En virtud de lo anterior, para que sea válida una prohibición de disponer, no puede ser perpétua y siendo temporal, deberá cumplir lo previsto por el art. 781 C.c. (76) (77).

Literalmente el art. 785.2 no exige ningún otro requisito de validez de las prohibiciones de disponer. Sin embargo, históricamente, desde el famoso fragmento de Marciano en el Corpus (D.30,114,14) que imperó en el *ius commune* y fue recogido por la Ley de Partidas (5,5,44), siempre se exigió que el establecimiento de prohibiciones de disponer respondiese a una causa razonable.

Gregorio López, al comentar esta ley, se refiere a Baldo y a la Glosa, pues mantienen la innecesariedad de expresar la causa de la prohi-

(74) Vid. ROCA SASTRE, ob. cit. p. 702.

(75) En el Derecho alemán, el §137 del BGB dispone: "La facultad de disposición sobre un derecho enajenable no puede ser excluida ni limitada por negocio jurídico. La eficacia de una obligación de no disponer de un derecho semejante no es afectada por esta disposición". Se distingue así el ámbito obligacional de la eficacia real. Vid. FLUME, *Allgemeiner Teil, des Bürgerlichen Rechts.*, Tomo II, Das Rechtsgeschäft. Berlín, Heidelberg, New York 1979, 3.ª ed. §17.7, pp. 362 y ss. Vid. LARENZ, *Derecho civil*, Parte General, Madrid 1978, pp. 435 y ss. y pp. 647 y ss. V. concretamente el estudio de la prohibición de disponer como aseguramiento jurídico-real junto a la anotación preventiva por JURGEN JOHLER, *Das Verfügungsverbot gemäß §938 Abs. 2 ZPO im Liegenschaftsrecht München 1984*. Se admiten, sin embargo, las sustituciones fideicomisarias como veremos.

En el Derecho italiano el art. 1379 del Codice civile dispone que "La prohibición de enajenar establecida por contrato tiene efecto sólo entre las partes y no es válida si no está constituida entre convenientes límites de tiempo y no responde a un apreciable interés de una de las partes". Vid. para la sustitución fideicomisaria el art. 692 del Codice civile. Vid. para la donación art. 795 del mismo cuerpo legal. Vid. GALGANO, *Diritto Privato*, Padova, 1988, pp. 311 y ss.

(76) Vid. en este sentido la STS de 4-11-1975.

(77) Vid. art. 117 Comp. Cataluña; y ley 481 Comp. Navarra.

bición de disponer, “porque atendida la calidad de la cosa ya se presumía que el testador se propuso quedara en poder de la familia, y habiendo podido mover al testador una sola causa se tiene ella por expresa, de suerte que si la causa se deja comprender por la intención del testador, se tendrá por expresa. Gregorio López dice que se requiere la expresión de causa cuando la prohibición es en provecho de la persona cuya libertad se coarta; pero no, si tiene por objeto una persona distinta que deberá suceder en la cosa.

La Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que regula de forma mucho más amplia esta materia, dispone que su art. 117.1 que “la prohibición o limitación de disponer sólo será eficaz si es temporal y responde a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien, aunque sea al afectado por la prohibición; en caso contrario constituirá mera recomendación.

Si la prohibición o limitación de disponer se hubieren impuesto para que los bienes hagan tránsito a otra persona, se considerará establecida sustitución fideicomisaria.

La prohibición o limitación de disponer no podrá exceder de los límites que se establecen para la sustitución fideicomisaria.

Las prohibiciones o limitaciones de disponer implicarán un cercenamiento de la facultad dispositiva de los bienes, salvo que sea otra la voluntad del testador. Si la prohibición estuviere condicionada a la autorización de una persona, se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo, número 1, del artículo 211” (78).

La Ley 481 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra señala que “la prohibición de disponer establecida en actos a título lucrativo inter vivos o mortis causa, a favor de personas determinadas o determinables dentro de los límites del párrafo segundo de la Ley 224, tiene siempre eficacia real y será inscribible en el Registro”.

Como se puede observar, nuestro Código Civil en esta materia, no se puede comparar con nuestra tradición que, sin embargo, ha sido recogida en nuestras Compilaciones Forales.

A pesar del silencio del Código, parte de nuestra doctrina entiende que es necesaria causa razonable para la validez de la prohibición impuesta (79). En este sentido Roca Sastre (80), señala: “La facultad de disponer de los derechos subjetivos es algo consustancial en la mayoría de ellos, de suerte que la prohibición de disponer de los mismos es en principio inadmisibles, como si fuese contra natura”. Y en función de ello observa que “parece lógico que el valor jurídico de la prohibición

(78) Vid. ROCA TRÍAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXVIII-1. Madrid 1982, pp. 283 y ss.

(79) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit. p. 715; LACRUZ, *Elementos*, III-1, Barcelona 1979, p. 194; ALBALADEJO, *Derecho civil*, Barcelona 1989, pp. 289 y ss.; MONTES PENADES, *El modo testamentario...*, cit. p. 324; MOXO, *Propiedad limitada...*, cit. p. 38.

(80) Ob. cit. p. 715.

de disponer se halle supeditado a una causa motivadora, justa y no caprichosa, en la que se apoye o funde. Sólo en ese caso puede reconocérsele eficacia jurídica; en otro supuesto ha de considerarse a la prohibición de disponer como un mero ruego carente de valor jurídico, un *nudum praeceptum*, una simple recomendación” (81).

Nos parece indudable que el fundamento de la prohibición de disponer debe radicar en una causa razonable o interés digno de protección (82). Ello, por múltiples razones.

En principio, no se debe olvidar que nuestro Ordenamiento Jurídico no ha considerado en ningún momento el recorte a la libre disposición como un interés protegible, más bien todo lo contrario. Todo lo que implique una negación del poder de disposición consustancial al derecho de propiedad, y a principios como la libre circulación de los bienes, se mira con reservas. En este sentido no es fácil mantener que cualquier sujeto, aunque sea en un acto a título gratuito, pueda limitar hasta el punto de negar, aun cuando sea de forma temporal, la facultad de disposición de una forma abstracta, por que sí, sin un motivo razonable o algún interés para alguien (83). A ello añadir la posible inembargabilidad de los bienes y la consiguiente frustración de los intereses de los acreedores.

Por otra parte habría que pensar que de existir una prohibición de este tipo, y en el supuesto de incumplimiento, ¿quién tendría acción para exigir su cumplimiento?

En la práctica se han planteado bastantes supuestos en torno a este tema, si bien en la mayoría de los casos era aplicable el Derecho de Cataluña. El Tribunal Supremo ha examinado esta cuestión en las STS de 6-2-1884; 12-1-1907; 25-6-1945. En las dos primeras, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la prohibición por falta de causa.

En la STS de 25-6-1945 manifestó en uno de sus Considerandos que “si los pactos de no enajenar, concebidos en términos absolutos, deben reputarse, en general, inadmisibles —principio formulado en la antigua

(81) En contra SANZ, *Instituciones* II, p. 463, MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer*, RDP 1964-I, p. 89 y ss., especialmente p. 103 y 104. Señala este último autor que “no pesaba en el ánimo de los redactores del Código civil ni tampoco en los civilistas más cercanos, la inclusión dentro de la materia referente a prohibiciones de disponer del elemento causal que había exigido la legislación tradicional española, y así estas limitaciones han llegado hasta nosotros en un sitio no demasiado confortable y mutiladas en sus requisitos, por lo que hay que mantener que con arreglo al sistema de nuestro Código civil las prohibiciones de disponer no requieren para su validez la expresión de una causa.

(82) V. LASARTE ALVAREZ, *La fundamentación causal de las prohibiciones testamentarias de disponer*, La Ley, 1983-1, pp. 1122 y ss. y allí doctrina citada.

(83) En este sentido dice DE BUEN (*Notas a Colin-Capitant*, Madrid 1984, p. 291) que “si la prohibición de enajenar no estuviera fundada en un interés legítimo, sería contraria al espíritu informador de nuestra legislación, según el cual el dominio debe ser en principio libre y sus restricciones han de estar fundadas en motivos razonables”.

máxima 'pactum de non alienando res propriam non valet', inspirada en diversos textos del Corpus Iuris Civilis—, no así cuando tales pactos obedecen a un interés digno de protección, criterio éste que se refleja en la Ley 44, título 5.º de la Partida 5.º, la cual al establecer la ineficacia de las prohibiciones de enajenar impuestas en testamento, reconoce, sin embargo, su validez cuando obedezcan a “razón guisada”, señalando por vía de ejemplo, casos en que se estimaba admisible la prohibición; y, dado el texto del art. 1.255 del Código civil, deben reputarse válidas en nuestro Derecho vigente las cláusulas de inalienabilidad de bienes determinados, convenidas en contemplación a un interés legítimo...” (84).

La Dirección General de los Registros se ocupó de esto en RDGR de 15-1-1918; 20-12-1929; 11-3-1932; 14-10-1932; 21-4-1949; 1-2-1952, entre otras.

La RDGR de 20-12-1929, en un supuesto en que existía una prohibición de disponer impuesta por un testador a su hija “durante la vida de su esposo”, entendió que “para decidir si el moderno ordenamiento civil niega a la voluntad así expresada su incondicional apoyo, y en atención a que las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a los terceros adquirentes, sino restricciones impuestas por persona capacitada para ello, que limitan las facultades de un titular sin atribución del correlativo derecho a otras personas, debe examinarse la solución jurídica adoptada por el Derecho romano o, mejor dicho, los resultados a que ha conducido la evolución de la doctrina que ha concluido por imponerse en Cataluña y ha recibido la sanción del Tribunal Supremo” (85).

Sin embargo, la RDGR de 23-3-1926, en un caso en el que a una persona se le había legado un bien con la condición de no poderlo enajenar durante su vida, entendió en uno de sus Considerando que “es innegable que el núm. 2 del art. 785 C.c. solamente declara nulas las disposiciones que contengan prohibición perpétua de enajenar o la temporal, fuera del límite señalado en el art. 781 y de un modo implícito, admite las que se refieren a la vida del heredero o legatario, sin otorgar a la expresión de la causa el valor decisivo que en la doctrina anterior tenía”.

(84) No se puede fundamentar la admisión de prohibiciones de disponer con base en el art. 1255 C.c. Efectivamente las partes podrán establecer los pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, pero dichos pactos, es de todos sabido, vincularán efectivamente a las partes. El problema de las prohibiciones de disponer es su eficacia frente a terceros en la medida en que se produzca su incumplimiento, pues inter partes constituyendo una obligación, su incumplimiento derivará en indemnización de daños y perjuicios, no afectando a los terceros que contrataron con el que se hallaba sometido a dicho pacto.

(85) Señala ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit., p. 734, nota 1, que aunque esta Resolución recayó en materia de Derecho civil especial de Cataluña, su tono es suficientemente general para atribuirle valor general a toda España.

Díez-Picazo (86), si bien con respecto a la sustitución fideicomisaria, observa que “no cabe duda que la regulación de la Compilación de Cataluña es, en esta materia, mucho más completa, y mucho más ordenada que la de nuestro Código civil. Los fideicomisos y las sustituciones fideicomisarias tienen en Cataluña una tradición histórica y una aplicación práctica muy superior a la que se poseen en el resto de los Derechos peninsulares. Por ello, no parece que sea aventurado sostener que muy bien puede la Compilación, aun siendo un Derecho especial, servir de pauta para integrar las lagunas del Derecho Común”.

Lo expresado por este autor, respecto a la sustitución fideicomisaria, es extensible, sin duda alguna, al supuesto de las prohibiciones de disponer.

En el Ordenamiento francés, el sistema que admite las prohibiciones de disponer establecidas en donaciones y legados, se exige a este tipo de disposiciones que tengan una duración temporal y exista un interés digno de protección (87).

La ley de 3 de julio de 1971 admitió en el Derecho francés las prohibiciones de disponer en actos gratuitos, solución que ya venía manteniéndose por la jurisprudencia de este país desde la segunda mitad del siglo XIX. Con posterioridad a esta ley el art. 900.1 del Code dispone que las cláusulas de inalienabilidad que afecten a bienes donados o legados son válidas si son temporales y justificadas por un interés serio y legítimo (88).

Las prohibiciones de disponer al suponer un obstáculo a la libre circulación de los bienes, es evidente que para su validez deben responder a un interés legítimo.

En conclusión, puede decirse que admitidas en nuestro Derecho las prohibiciones de disponer en actos a título gratuito, deben responder a un interés legítimo o causa razonable y tener el límite temporal exigido. Las prohibiciones de disponer que no cumplan estos requisitos deben ser nulas y considerarse no puestas (89). En este sentido señala Roca Trías (90) que en el caso de que el testador incumpla con los requisitos

(86) *Posibilidad de enajenar bienes sometidos a sustitución fideicomisaria*, en *Dictámenes jurídicos*. Madrid 1981, p. 413 y 414.

(87) Vid. WEILL-TERRE-SIMLER, *Droit civil. Les Biens*. París, 1985, pp. 114 y ss. MARTY-RAYNAUD, *Droit civil. Les Biens*, París 1980, pp. 66 y ss. LARROUMET, *Droit civil. Les Biens. Droits Reels Principaux*, París 1988, pp. 209 y ss. Con anterioridad vid. COLIN-CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho civil*, Anot. De Buen, T. II, vol. 2, Madrid 1984, pp. 188 y ss.

(88) Hoy, la Jurisprudencia francesa exige las mismas condiciones en cláusulas de este tipo establecidas en actos a título oneroso. Vid. WEILL-TERRE-SIMLER, ob. cit. p. 118.

(89) Señala MONTES, ob. cit. p. 326 que “cuando una prohibición de enajenar no reúne los requisitos de validez, es simplemente nula, y no se convierte en una obligación de no enajenar”.

(90) *Fundamentos de Derecho civil de Cataluña* de PUIG FERRIOL/ROCA TRÍAS, cit. d. 140.

de temporalidad en el sentido de perpetuidad y no exista razón ilícita y de acuerdo con el art. 117-1 de la Compilación de Cataluña “la disposición no es válida como tal, convirtiéndose en mera recomendación, lo que equivale a privarla de toda eficacia vinculante, dado que el heredero o legatario gravado no tiene por qué seguir la voluntad del testador. La disposición no es nula ni se considera como no puesta; subsiste, aunque con una característica distinta y, consiguientemente, sin eficacia vinculante” (91).

V. EL PODER DE DISPOSICION EN EL ITER TRANSMISIVO DE LA PROPIEDAD

Si la finalidad de nuestro trabajo es llegar a entender la función que cumple la prohibición de disponer eficaz, pretendiendo con ello conocer las consecuencias de su incumplimiento y partiendo de que la prohibición supone un cercenamiento del poder de disposición, es imprescindible analizar en qué momento del iter transmisivo de la propiedad es necesaria la libre disposición de los bienes.

La propiedad en nuestro Derecho se transmite en virtud de ciertos contratos mediante la tradición —arts. 609 y 1.095 C.c.—. Para que las partes puedan celebrar válidamente un contrato es imprescindible que puedan obligarse; sin embargo, para producir la alteración patrimonial es necesaria la libre disposición de los bienes. En virtud del art. 1160 C.c. no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla.

Como es sabido, en nuestro ordenamiento el sistema de las adquisiciones derivativas inter vivos está regido por el principio de la causalidad (92), contrato más traditio, siendo el primero justa causa de la segunda. Señala Pantaleón (93) “La concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir en abstracto, o carece de una tal eficacia traslativa por falta de una iusta causa, o no es sino un añadido inútil al acuerdo de voluntades ya consumado, constituyente del negocio causal de que se trate. Para que una transmisión patrimonial se produzca es preciso un negocio jurídico verdadero y válido, legalmente bastante para transferir el derecho, real o de crédito, objeto de la misma; pero no hace falta ningún negocio jurídico más”.

En nuestro Derecho, por tanto, no se puede identificar el título con el supuesto de hecho de la adquisición del derecho. Como dice Mi-

(91) La misma autora, *ibidem*, señala que para el supuesto en que excedan los límites establecidos en el art. 180, la prohibición no es eficaz, sino en lo que exceda de los límites marcados en esta disposición, subsistiendo en lo demás.

(92) Vid. DE CASTRO, *Negocio jurídico*, ob. cit. p. 296 y ss.

(93) *La cesión de créditos*, ADC 1988, pp. 1033 y ss. p. 1037.

guel (94) “con arreglo a la tradición del Derecho común recogida por nuestros autores, el título concurre con unos u otros hechos a integrar dos distintos supuestos de adquisición fundamentalmente: la efectuada por tradición y la efectuada por usucapión”.

En el supuesto de adquisición de la propiedad por tradición, el complejo supuesto de hecho está formado por el contrato, traditio y titularidad del transmitente siendo necesaria, para la validez del contrato, la capacidad para obligarse en los contratantes y, para la validez de la traditio la libre disposición de los bienes, derivada de la titularidad del transmitente.

1. Contrato de compraventa y transmisión del dominio

En el caso de la compraventa, es claro que la propiedad se transmitirá mediante la traditio, siendo la venta *iusta causa traditionis*. Esto es indudable incluso para Vila Ramos que recientemente cuestiona el carácter absoluto de la regla del art. 609, título y modo, proclamando la abstracción del sistema español, y por tanto construyendo una traditio cuya eficacia viene determinada por la concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir (95) (96).

En sede de compraventa y en virtud del art. 1457 C.c., es necesario para celebrar válidamente este contrato que los contratantes puedan obligarse, y en ningún momento contractual es necesaria la titularidad del transmitente ni por tanto la libre disposición de los bienes. En nuestro Derecho el contrato de compraventa produce únicamente obligaciones, es decir, por sí sólo no transmite la propiedad. Partiendo de la necesidad de la propiedad en el transmitente, lo que es claro es que en nuestro ordenamiento la venta no transmite la propiedad “por sí sola”. Dice Miquel (97): “la propiedad se transmite mediante la tradición a consecuencia de la venta (art. 609), por lo que la propiedad del transmitente la exige la tradición y no la venta”. En este sentido el poder de disposición que deriva de la titularidad del transmitente lo exige la tradición y no la venta.

Para una concepción causal (98), la causa de la traditio es un nego-

(94) MIQUEL GONZÁLEZ, José M.: *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979, p. 349 y ss.

(95) Vid. VILA RAMOS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código civil español*, Barcelona 1989, p. 11 y p. 146 y ss.; vid. BADOSA COLL. *Justo título*, Enciclopedia Seix, t. XIV, pp. 660-712.

(96) Vid. VILA RAMOS, p. 170. Para esta autora lo dicho en el texto es avalado por el art. 1901 del C.c.

(97) Comentario a la STS de 5-5-1983, Cuadernos Civitas, n.º 3, pp. 719 y ss. V. también Comentario al art. 609 y al art. 397, en *Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, en prensa.

(98) Desde el texto de PAULO: “nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita

cio jurídico antecedente o simultáneo que justifica la transmisión del dominio (99). Así existe una íntima conexión entre el negocio jurídico precedente y la traditio de tal forma que las irregularidades que afecten al negocio arrastrarán también a la traditio.

Sin embargo, desde una concepción abstracta de la traditio, justa causa sería la común voluntad de adquirir y transmitir, y no un negocio obligatorio antecedente, lo que significaría que podría ser eficaz la traditio aun en la irregularidad del negocio antecedente (100).

En virtud de todo lo anterior, en nuestro ordenamiento podemos hablar al mismo tiempo de validez contractual e ineficacia real. En este sentido, subraya Miguel (101), aunque refiriéndose al caso de venta de cosa ajena: “no es cierto lo que a veces se dice sobre la venta de cosa ajena: —es válida pero ineficaz—. Es válida y eficaz; ahora bien, eficaz para los efectos que produce por sí sola que son los obligacionales. De ahí no deriva, sin embargo, que la venta no tenga trascendencia para los efectos reales. Lo que sucede es que aquí su papel es concurrente con otros requisitos y que integra un supuesto de hecho de esos efectos reales diferente según que el transmitente sea o no propietario”.

En este sentido, como veremos más adelante, la venta realizada infringiendo una prohibición de disponer voluntaria no es nula como en alguna ocasión han mantenido algunos de nuestros autores y nuestra jurisprudencia; el contrato es válido puesto que para contratar no hace falta tener la libre disposición de los bienes, al igual que en el caso de venta de cosa ajena (102) no hace falta ser propietario sino únicamente tener capacidad para obligarse. Será ineficaz el complejo supuesto de hecho al no tener el tradens la libre disposición de los bienes en el momento de la traditio traslativa del dominio (103).

si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit propter quam traditio sequeretur”. D. 41, 1, 31, Pr.

(99) Vid. URSICINO ALVAREZ, *El problema de la causa de la tradición*, Madrid, 1945.

(100) Vid. HECK, *El negocio jurídico real abstracto*, RCDI 1965, pp. 1443 y ss.; SERRANO SERRANO, *Iusta causa traditionis*, RCDI 1934, pp. 495 y ss.; 678 y ss.; 721 y ss.; 801 y ss.; 883 y ss.; RCDI 1935, pp. 17 y ss.; 81 y ss.; 161 y ss.; 241 y ss.; y 321 y ss.; vid. DE LOS MOZOS, *Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español*, ADC 1971, pp. 1027 y ss. y *La doctrina de F.C. von SAVIGNY en torno a la transmisión del dominio*, RGLJ 1967-II, p. 72 y ss.

(101) Comentario a la STS de 5-mayo-1983, ob. cit. p. 724.

(102) Vid. Comentarios a la STS 4-3-1988 por JORDANO FRAGA, ADC 1989, p. 1349 y por RODRÍGUEZ MORATA, CCJC 16, p. 163 y ss. y CCJC 19, p. 73 y ss.

(103) Señala MIQUEL, José M.ª, *La posesión de bienes muebles*, ob. cit. p. 355-356, que “la falta de propiedad del transmitente no es un vicio del título... Me parece que lo válido debe ser eficaz”, aclarando en nota 13: “me refiero a los efectos que el título por sí solo pueda producir. Si es que los efectos dependen de otros elementos del supuesto de hecho, la falta de efectos no se reconduce al título”.

En toda esta materia, además, se debe actuar con precaución a la hora de hacer traslaciones de otros ordenamientos al nuestro, pues las diferencias son fundamentales. En los Derechos francés e italiano la transmisión del dominio se opera por el solo consentimiento de las partes sin necesidad de traditio. En estos el título, por el principio consensualista de la transmisión, sí produce por sí solo los efectos traslativos (104).

Necesariamente, por ejemplo, los autores italianos (105) han de distinguir entre validez y eficacia del negocio jurídico porque en su sistema el título por sí sólo transmite la propiedad, debiendo entonces distinguir en él, la validez como tal acto y la producción de efectos, pero todo ello en el título que produce la transmisión, por supuesto, debemos aclarar, con independencia de la titularidad del transmitente.

En este sentido dice Mengoni (106) respecto de la venta que “cuando están completos los elementos de la *fattispecie* del art. 1470, esto es, el consentimiento, legítimamente manifestado por los sujetos capaces de hacer, sobre la cosa y sobre el precio, por una causa lícita, el acto de disposición es perfectamente válido, esto es idóneo a la transmisión de la propiedad, mas no por ello sólo es también eficaz. Del art. 1478 se deduce que, para la realización de la modificación del derecho, es necesaria la presencia de un ulterior elemento extraño a la estructura de la venta, más con esta concurrente a formar la *fattispecie* compleja de la transmisión: tal elemento consiste, normalmente en la titularidad del derecho por parte del disponente”.

En nuestro sistema, las cosas suceden de otra manera. En el título no se puede distinguir entre validez y eficacia porque efectivamente lo que es válido es eficaz y a la inversa lo que es eficaz es válido (107), pero refiriéndonos únicamente al título que por sí solo no transmite el dominio. Cuestión distinta es que el título sea válido “o” eficaz en cuanto a tal título y, sin embargo, no se produzca la transmisión de la propiedad en nuestro caso, o en general los efectos, porque el supuesto de hecho no esté completo por falta de los requisitos, titularidad en el transmitente y poder de disposición, necesarios en el momento de la tradi-

(104) El art. 711 del C.c. francés dice: “La propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effect des obligations”, vid. también el art. 1.138 del mismo cuerpo legal.

La misma idea la expresa el C.c. italiano en su art. 922 y el art. 1376 manifiesta: “Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”.

(105) Vid. MONACCIANI, *Azione o legittimazione*, Milano 1951, p. 111.

(106) Gli Acquisti <a non domino>, Milano 1949, p. 17.

(107) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, cit. p. 676 y ss.; V. también del mismo autor *La tradición...*, cit. p. 565 y ss.

tio. Entonces podremos hablar de validez y eficacia, pero de dos momentos distintos en el complejo supuesto de hecho: validez o eficacia del título y validez o eficacia real de la traditio.

La comparación también es difícil respecto del Derecho alemán. En él la adquisición derivativa de la propiedad de bienes inmuebles mediante la transmisión de una propiedad anteriormente existente, se realiza en virtud de negocio jurídico seguido de inscripción (§873,925) (108).

En el ordenamiento jurídico alemán se distinguen el negocio obligacional y el negocio con efecto jurídico-real, desligándose uno de otro, y siendo abstracto el acuerdo traslativo.

A diferencia por tanto de nuestro Derecho las irregularidades del negocio traslativo no afectan al negocio dispositivo (109).

Al mismo tiempo, hecha la distinción entre negocio obligatorio y dispositivo, el primero exige en el sujeto capacidad para obligarse mientras que el segundo requiere no sólo la capacidad de obrar sino también el poder de disposición.

Entre nuestros autores, Villavicencio (110), entiende que este principio se proyecta también en nuestro sistema civil.

Observa este autor que “En virtud del art. 1.457 C.c., para celebrar el contrato —obligatorio: art. 1.445 C.c. de compraventa, es necesario que los contratantes puedan obligarse. Pero, para producir la alteración patrimonial —manifestada en la adquisición de la otra parte mediante la tradición: arts. 609, 1.095 C.c.—, es necesaria la persistencia de la capacidad y además un elemento nuevo antes no exigido: la facultad para disponer libremente de la cosa. Así se deduce de la racional interpretación del art. 1.160 del C.c. El pago de una obligación de dar cosa no fungible —al menos— es en nuestro Derecho un verdadero negocio dispositivo. Son las dos vertientes del hecho de la entrega que, entre otras cosas, explican el mecanismo de la consignación: vertiente solutoria y vertiente dispositiva”.

(108) En virtud del §873 BGB: Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de éste es necesario el acuerdo (Einigung) del titular y de la otra parte acerca de la producción de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación jurídica en el registro inmobiliario salvo que la ley prescriba otra cosa.

El §925 establece que el acuerdo para la transmisión de la propiedad de una finca, entre enajenante y adquirente, necesario a tenor del §873 (Auflassung) tiene que declararse en presencia de ambas partes y ante una autoridad competente.

(109) Vid. entre otros LARENZ, *Derecho civil, parte general*, Jaén 1978, pp. 433 a 444; WOLFF en *Enneccerus Kipp, Wolff, Tratado de Derecho civil, derecho de cosas*, tomo III-1, Barcelona 1971, §38, pp. 223 y ss.

(110) Ob. cit. p. 1025 y ss.

Es indudable que para celebrar un contrato únicamente es necesaria la capacidad de las partes para obligarse, el contrato sólo produce obligaciones entre las partes que lo otorgan (111). Y tampoco dudamos que para producir la alteración patrimonial es necesario otro requisito completamente distinto de la capacidad para obligarse, el poder de disposición que siendo innecesario en el contrato se requiere en el momento de la traditio (112).

No obstante, en virtud del art. 1.160 C.c., la capacidad para obligarse es necesaria en ambos momentos, obligatorio y traslativo, con independencia de que la traditio no requiera en nuestro Derecho un acuerdo real abstracto (113).

Villavicencio parte además del contrato de compraventa, e inmediatamente entiende después la traditio como un pago (art. 1.160 C.c.). Esta afirmación debe matizarse. En el supuesto de la compraventa, y dentro del sistema de nuestro Código civil, la obligación del vendedor no es la

(111) Ello es evidente conforme al art. 1254 C.c. Ahora bien, si los efectos del contrato se amplían a la constitución de derechos reales, por ejemplo la hipoteca, entonces la cuestión es distinta. (V. art. 1857 II, C.c.).

(112) Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Actos de disposición sobre bienes gananciales*, Libro Homenaje a VALLET DE GOITISOLO, Madrid 1988, concretamente pp. 199 y ss.; vid. GIMÉNEZ DUART, *La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge* AAMN XXVIII, pp. 235 y ss.; GIMÉNEZ DUART en torno a la afección inicial de todos los bienes señala que “El otro cónyuge puede entrar en el negocio de atribución patrimonial de tres formas diferentes: a) *Coccontratando* (entrada in obligatione)..., b) *Asintiendo la atribución* (entrada in attributione)... La diferencia estructural entre este caso y el anterior estriba en que en aquél el cónyuge ha consentido el negocio por entero, el título y el modo, el contrato y el desplazamiento del bien, mientras que en este segundo caso el consentimiento se limita al modo, atribución o desplazamiento”.

DE LA CÁMARA, en su crítica a GIMÉNEZ DUART, manifiesta que “la tradición no es más que un requisito complementario, indispensable para que la propiedad se transmita pero que de suyo no agota el supuesto de hecho traslativo... Es en el contrato donde radica el centro de gravedad de la transmisión y en el que se manifiesta la voluntad de transferir y así lo corrobora que el C.c. sólo se ocupe de la tradición al regular el contrato traslativo por excelencia, es decir, la compraventa, y como simple cumplimiento de la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor. De ahí se infiere, pienso, que en la compraventa y en los contratos traslativos en general, hay algo más que un puro negocio obligacional porque, normalmente, incorpora también el animus transferendi et accipiendi domini aunque la disposición sólo se consume cuando la tradición, en cualquiera de sus diversas variantes, haya tenido lugar”.

Sin llegar a decir que la traditio sea un negocio real abstracto, estamos convencidos de que, en la sistemática del C.c., no es en el contrato donde radica el centro de gravedad de la transmisión. Otra cuestión es que en la práctica se incorpore en el contrato el acuerdo traslativo pero ambas son cosas distintas. No debemos olvidar que la titularidad del transmitente o el poder de disposición no lo exige la venta sino la entrega.

(113) Cfr. PANTALEÓN, *Cesión de créditos*, cit. p. 1037: “La tradición, necesaria como regla en nuestro Derecho para la adquisición derivativa inter vivos de la propiedad y demás derechos reales, no es sólo que no pueda ser considerada un contrato o acuerdo real abstracto, sino que, sencillamente, no tiene en modo alguno carácter negocial”.

de transmitir la propiedad (114), sino la de poner la cosa en poder y posesión del comprador. Por ello, en el marco del art. 1.160 C.c., no entendemos la tradición como un pago de una obligación de transmitir la propiedad. El cumplimiento de esta obligación de entrega en la compraventa no exige el poder de disposición. Por ello la obligación de que trata el art. 1.160 es una obligación distinta de la que nace del contrato típico de compraventa del Código civil. La obligación a que se refiere dicho precepto puede explicarse como obligación asumida implícita o explícitamente por el vendedor y que será lo normal pero no es la típica.

2. El pago en el art. 1160 del Código civil

Por pago se entiende generalmente, todo acto de realización o de ejecución de una prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago tiene dos aspectos. En primer lugar es un acto de cumplimiento del deber jurídico (deuda) que pesa sobre el deudor. Como consecuencia de ello el pago es la manera que tiene el deudor de liberarse de la obligación (solutio) (115) (116).

Díez-Picazo (117) partiendo de la idea de acto debido señala que “toda tradición, toda transmisión derivativa de la propiedad viene siempre a ejecutarse como consecuencia de un negocio anterior, sea este un negocio causal o abstracto... La tradición se encontraría así siempre entre los actos de ejecución de un negocio anterior y sería según esta idea, un acto de cumplimiento, un acto solutorio o un pago. Esta idea que configura la tradición como un pago tiene también algún apoyo en la letra de nuestro C.c., donde el problema de la libre disposición de la cosa y de la capacidad para enajenar, como requisito de la tradición, está contemplado por el art. 1160”.

En el marco del sistema romano de obligaciones explica D’Ors (118)

(114) V. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit. p. 675.

(115) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos* I, cit. p. 621 y ss.

(116) Vid. en esta materia BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, com. art. 1160, tomo XVI-1, Madrid 1980, p. 50 y ss.; LACRUZ, *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, Temis, núm. 2; CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid 1986; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pago y transmisión de propiedad* (el art. 1160 del Código civil), Madrid 1990.

(117) “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español, ADC 1966, p. 555 y ss.; Vid. también FERRINI, *Manuales di Pandette*, 4.ª ed. por Gross, Milán 1953, p. 303 y ss.

(118) *Elementos de Derecho Privado Romano*, 1960, p. 279. Lo recuerda José M.ª MIQUEL en su trabajo inédito *El art. 1160 del Código civil español; sus principales problemas de interpretación*.

que la obligación del vendedor no es una obligación de “dare” sino de “facere” (119) (120) (121).

En este sentido señala Miquel (122): “Así aparece claro que es un error suponer que en las obligaciones con prestación de entrega (en general) de una cosa, la entrega se identifique con la *solutio*. Es claro que la entrega de una cosa *ex causa venditionis* no es una *solutio*, porque el vendedor no queda liberado y además la *solutio* funciona como causa de la tradición y título de la usucapión”.

Ya en nuestro Código civil Albaladejo (123) concluye que “al definir el contrato el art. 1445 sólo habla de entrega sin exigir transmisión de dominio” y que “el art. 1461 sólo obliga al vendedor a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. Le obliga a entregar y, en tanto y en cuanto debió entregar, le obliga a sanear. Si sobre el vendedor pesa un deber, entregar, y no lo cumple, responderá de ese incumplimiento. Y si no hay tal responsabilidad es evidente que el deber no existió”.

En puridad de conceptos tendríamos por una parte que en virtud del art. 1445 por el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella. Que en virtud del art. 1461 C.c. el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. Por tanto, el vendedor mediante el contrato no se obliga a transmitir la propiedad sino a entregar. No es una obligación de resultado pero sí de medios, en el sentido de poner todos los medios a su alcance conforme a la buena fe para transmi-

(119) “*Credere* es certum dare, dare es hacer propietario a otra persona mediante un acto personal, que no ha de ser necesariamente un *tradere*, pues el entregar es un “hacer y no un dar”. Este dar cosa cierta que constituye el *creditum* no es un dar definitivo, sino temporal, un dar con restitución debida: un prestar. El que recibe en préstamo una propiedad ajena queda obligado a restituir. La obligación crediticia sancionada por la *condictio* es, por tanto, una obligación de dar una cosa cierta que se recibió (*certum dare oportere*). Cuando el deudor hace que el acreedor recupere la propiedad prestada, él queda liberado de su obligación. *Solvere* es, así, “dar” al acreedor lo que se le debe; sólo el que hace propietario al acreedor queda liberado de su obligación. Esta *solutio* procede del acto de nexi liberatio del derecho arcaico, pero aquí ya no es el deudor el que es *solutus*, por un acto del acreedor que cobra, sino que es el mismo deudor quien *solvit* y *soluta* es la *res credita* que se restituye”. D’ORS, ob. cit., p. 276.

(120) Señala MAX KASER, *Derecho Romano Privado*, ed. Reus, Madrid 1968, p. 158 que “el vendedor de una cosa no está obligado en principio a transferir la propiedad de la cosa al comprador y sí solamente a transferirle la posesión de la misma libre de toda facultad de intervención en ella fáctica o jurídica, en favor del vendedor mismo o de un tercero. Así mismo el vendedor deberá mantener al comprador en la tranquila posesión y pacífico disfrute de la cosa”.

(121) Vid. JOAN MIQUEL, *Lecciones de Derecho Romano*, Barcelona 1984. Concretamente en cuanto a la compraventa en Roma, vid. pp. 283 y ss.

(122) *El art. 1160 C.c...*

(123) *La propiedad en la compraventa*, en Estudios de Derecho civil, Barcelona 1955, pp. 145 y ss.

tir la propiedad, esto es, para entregar, y la entrega si es traslativa del dominio (124).

Con todo, si el pago, en el sentido primero, es liberarse y el vendedor no está obligado a transmitir habrá cumplido la obligación de entrega aunque no sea propietario o no tenga la libre disposición. Pero habrá cumplido parcialmente pues continúa obligado a mantener al comprador en la posesión pacífica de la cosa, y en este sentido no queda liberado de todas sus obligaciones.

Es distinto el supuesto en que el vendedor asegure ser propietario porque entonces se entiende implícitamente que responde de esta cualidad. Si existe una prohibición de disponer, el vendedor responderá por incumplimiento de la obligación implícitamente asumida de transmitir el dominio. Si a pesar de la existencia de la prohibición de disponer, y por lo tanto, sin facultad para ello, nos obligamos en virtud de la compraventa a transmitir la propiedad, el contrato será válido aunque la entrega no transferirá el dominio. Pero al habernos obligado a transmitir existirá incumplimiento de la obligación surgida del contrato. Sin perjuicio de todo ello, el comprador podrá impugnar el contrato por dolo si el vendedor le ha hecho creer que su poder de disposición no tenía limitaciones.

En nuestro caso, existiendo prohibición de disponer eficaz, el contrato sería válido pues, como venimos repitiendo, no es necesario para obligarse ni ser propietario ni tener la libre disposición de la cosa. Si entendemos que la entrega es un pago, al no tener el poder de disposición y conforme al art. 1160 C.c., sería ineficaz. Y en cualquier caso el vendedor continuará obligado a mantener al comprador en la posesión pacífica de la cosa, por lo que debemos preguntarnos si en tal supuesto el comprador deberá esperar a la evicción.

VI. EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICION DE DISPONER EFICAZ

El estudio de las consecuencias del incumplimiento de la prohibición de disponer exige contemplar varias relaciones entre varios sujetos. Los sujetos son: el que incumple la prohibición realizando la venta; el beneficiado por la prohibición; y por último el tercero que contrata con aquél que infringe la prohibición.

En primer lugar, nos ocupamos de la relación entre el que incumple la prohibición y el beneficiado por la misma. Posteriormente estudiare-

(124) Es explicativa la ley 567 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra: "Por el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la libre posesión de la cosa vendida; queda igualmente obligado a hacer todo lo posible para que el comprador adquiera la propiedad sobre la misma. Asimismo se obliga el vendedor al saneamiento por evicción y vicios ocultos, salvo que las partes hubieren pactado lo contrario".

mos la relación entre vendedor sin poder de disposición y comprador. Al hilo de ambas nos fijaremos en la relación entre beneficiado por la prohibición y tercero.

1. Relación existente entre el que infringe la prohibición y el beneficiado por la misma

Cuando las prohibiciones de disponer se utilizan para reforzar supuestos de sustituciones fideicomisarias, vimos con anterioridad, que la relación entre fiduciario y fideicomisario no ofrece mayor problema, que el propio de esta institución. El fideicomisario siempre podrá accionar contra el fiduciario en el caso de que éste lesione el derecho de aquel, y ello únicamente en virtud del fideicomiso. Si además existe prohibición de disponer que supone un cercenamiento absoluto del poder de disposición y por tanto de mayor entidad que la propia sustitución fideicomisaria, el fideicomisario siempre podrá impugnar la transmisión realizada por el fiduciario (125).

Distinta regulación subyace en las prohibiciones de disponer puras, es decir, aquellas que no se utilizan para reforzar la vinculación propia de otra institución.

En ellas hay que distinguir fundamentalmente la existencia de un beneficiado por la misma. Aquellas prohibiciones de disponer que se imponen por el testador o donante sin ningún tipo de beneficio para nadie, de ningún modo deben ser objeto de protección por nuestro Ordenamiento Jurídico.

Como venimos repitiendo a lo largo del presente trabajo, la libre circulación de los bienes es un principio de orden público económico fundamental en nuestro Derecho. En materia de prohibiciones de disponer se enfrentan, por así decirlo, de un lado y en materia testamentaria, la voluntad del testador y, tanto en testamentos como en donaciones, la causa gratuita soporte causal de la transmisión, frente al principio de la libre circulación de los bienes.

Si el legislador, fundamentalmente en sede de testamentos, legitima la posibilidad de cercenar el poder de disposición en el derecho de propiedad, debe necesariamente existir un interés digno de protección para que el Ordenamiento sancione de alguna manera el incumplimiento de esta disposición.

Las prohibiciones de disponer se imponen normalmente en favor de determinados sujetos que así son los beneficiados por la prohibición.

El beneficiado por una prohibición puede ser el propio sujeto sometido a ella, como en los supuestos contemplados por las STS

(125) Vid. STS 27-9-1930; 5-4-1934; 4-3-1952; 9-7-1957; 19-10-1962; 13-6-1979 y las RDGR 11-3-1932; 23-6-1936; 10-3-1944; 15-1-1952; 1-2-1952; 22-6-1943; 21-4-1949; 5-9-1974.

12-1-1907; 24-5-1926; 1-3-1932 y las RDGR 23-3-1926; 20-12-1929; 14-10-1932; 28-3-1944 y 18-1-1963. Puede ser un tercero como en los casos contemplados por la STS 6-2-1884 y las RDGR 18-4-1952; 15-1-1972; 10-10-1972 y 22-2-1989. E incluso existe algún caso en que el beneficiado puede ser el mismo sujeto que impone la prohibición. Esto sólo sucederá en el caso de prohibiciones de disponer impuestas en donación, pues el mismo donante puede ser el beneficiado por dicha prohibición como en el supuesto contemplado por la RDGR 23-10-1980.

1.1. *Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es el mismo sujeto sometido a ella*

En estos casos es evidente que si es el propio beneficiado por la prohibición el que dispone, no podrá impugnar dicha disposición en contra del negocio jurídico realizado, alegando su propio incumplimiento de la prohibición (126) (127). A pesar de que se afirme que el negocio jurídico contrario a la prohibición es nulo de pleno derecho, de lo que derivaría una legitimación para cualquiera incluido el propio vendedor, la distinción entre contrato obligatorio y acto dispositivo (tradición) permite mantener la validez del primero y afirmar la ineficacia del segundo.

En estos supuestos hay que hacer distintos matices. En primer lugar, puede suceder que el testador o donante regule el posible incumplimiento de la prohibición. Aquí estaríamos más bien ante supuestos de condiciones resolutorias si el causante por ejemplo ordenase que en caso de disponer pasasen los bienes a otra persona o si el donante condiciona el incumplimiento como causa de revocación de la donación.

Con independencia de ésto, es fundamental delimitar los supuestos en los que existan otros herederos o bien ejecutores testamentarios, de aquellos otros en que ésto no ocurra.

En este sentido, es interesante la RDGR de 14 de octubre de 1932. El testador instituyó herederos universales y albaceas a un matrimonio con la condición de que durante treinta años no vendiesen las fincas que integraban la herencia. Los herederos solicitan la inscripción de los bienes libres de tal prohibición. El registrador niega la inscripción dicen-

(126) Vid. STS 1-3-1932, comentada en p. 120 del presente trabajo.

(127) V. STS 13-3-1920, explicada por DíEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona 1963, pp. 335-336. En el caso de esta sentencia el mismo enajenante invocaba la prohibición de enajenar. Señala DíEZ-PICAZO, "la imposibilidad en que la demandante se encontraba para impugnar la enajenación realizada por su causante en contra de una prohibición de disponer, guarda una relación muy escasa con la regla que impide venir contra los propios actos. Se trata más bien: a) de una invocación de la propia irregularidad ("allegatio propriae turpitudinis"; referencia al art. 1306 C.c.) y b) de que la acción de impugnación por haberse infringido una prohibición de disponer no corresponde al enajenante, sino a las personas que en cada caso sean beneficiarias de la prohibición.

do “que si bien las escrituras particionales o de manifestación de herencia, acompañadas del testamento correspondiente, constituyen un título inscribible con arreglo al art. 3 de la LH, por crear un estado de derecho nacido del cumplimiento dado a la voluntad del testador, no es menos cierto que, según la doctrina del Tribunal Supremo y de esta misma Dirección no es lícito apartarse de ellas del sentido literal de las disposiciones testamentarias, ya que, en efecto, así deben entenderse éstas si no aparece que fue otra la voluntad del testador; que aún en el supuesto de que alguna cláusula adolezca de falta de claridad, en tanto las partes interesadas no la impugnen en el correspondiente juicio declarativo y en mérito de ésta sea revisada, ha de surtir efectos legales, no pudiendo mientras tanto, inscribirse en el Registro derechos que aparecen confusos y oscuros”. La Dirección confirma el auto apelado.

En este caso los herederos deberían acudir a la vía ordinaria e impugnar la prohibición, evidentemente por falta de causa. Con independencia de ello, nos preguntamos si ante la falta de otros herederos y siendo ellos mismos albaceas, en el caso, por ejemplo, de que vendieran: ¿quién estaría legitimado para impugnar dicha transmisión? Se reduciría la cuestión a la relación comprador-vendedor que trataremos seguidamente.

Por otra parte, es posible que el comprador quede satisfecho manteniendo su adquisición, en el caso de que no haya ningún beneficiado por la prohibición, aun cuando no pueda inscribir dicha adquisición en el Registro de la Propiedad por impedírsele la prohibición, en tanto no se obtenga la declaración de nulidad o ineficacia de la misma. Una prohibición cuyos efectos no puede reclamar nadie por no existir beneficiado alguno, hay que entender que es ineficaz y, por tanto, se puede obtener la declaración de su nulidad, pero en tanto esto no suceda, la inscripción está bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 III LH) y por tanto impide el acceso al Registro de enajenaciones contrarias a ella.

Así nos encontraríamos ante otra vía que fomentaría el desacuerdo entre realidad registral-extrarregistral. Pero desde otro ángulo se podría observar que la prohibición de disponer sin beneficiado alguno no impide la libre circulación de los bienes aunque sea al margen del Registro de la Propiedad.

En todos aquellos casos en que existan otros herederos o bien ejecutores de la voluntad del causante a ellos corresponderá ejercitar la acción de impugnación de la transmisión (128).

La contravención de la prohibición tiene como sanción la nulidad

(128) En Francia señalan WEILL-TERRE-SIMLER, ob. cit. p. 122-123, que la nulidad está construida sobre el tipo de una acción de nulidad relativa pudiendo ser susceptible de confirmación y no pudiendo ser invocada más que por la persona en cuyo interés se estableció la prohibición. Si la cláusula se ha dispuesto en interés del enajenante o de un tercero, estos pueden accionar. Cuando se trata de proteger al donatario, según una opinión sde le reconocería la acción de nulidad pero se le negaría entonces al donante.

de la transmisión, por lo que el bien enajenado, debe entenderse, no ha salido del patrimonio del enajenante. En este sentido se debe admitir que si el testador no señaló cuál era la sanción de dicho incumplimiento se debe respetar su voluntad y ésta en principio es que el heredero sea el propietario del bien aunque no pueda disponer de él.

Es por otra parte improbable el supuesto en que el testador imponga, a los herederos, la prohibición de disponer inter vivos y mortis causa y no señale persona alguna que reciba los bienes en segundo lugar. No hemos encontrado ningún caso. Normalmente se impone la prohibición de disponer inter vivos y en el caso de que sea mortis causa se establece sustitución fideicomisaria.

En materia de donaciones es curioso el supuesto contemplado por la STS de 24 de mayo de 1926, ya comentada en otro lugar (129). Los donantes disponen que el donatario "teniendo hijos podrá disponer libremente y no teniéndolos, tan sólo podrá disponer de 5.333 ptas.". El donatario fallece, sin descendencia y con posterioridad a los donantes, dejando sus bienes a su esposa. La hermana del donatario ejercitó la acción pidiendo que los bienes al fallecer su hermano sin descendencia volviesen a la línea de la que procedían.

Salvo voluntad contraria del donante o testador, debe entenderse que los actos de disposición mortis causa no están incluidos en la prohibición de disponer (130). Debe pensarse que el efecto sucesorio es inevitable, el testador señala la concreta y específica dirección de la sucesión, no la sucesión misma (131). Efectivamente si el testador pretende que los bienes hagan tránsito tendrá que establecer una sustitución fideicomisaria, si no dice nada debe entenderse que lo que prohíbe es precisamente la disposición inter vivos.

1.2. *Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es el mismo sujeto que la impone*

Sólo nos encontraremos este tipo de supuestos en los casos de prohibiciones impuestas en donaciones. Este fue el caso contemplado por la RDGR de 23 de octubre de 1980. La donante prohíbe enajenar o gravar la finca, objeto de la donación, durante su vida sin su consentimiento, reservándose además el usufructo vitalicio (132).

En estos supuestos el acto de disposición llevado a cabo por el donatario sin el consentimiento del donante es claramente nulo. Será el donante el que pueda impugnar la transmisión realizada por el donatario

(129) Vid. p. 42 del presente trabajo.

(130) Vid. en este sentido PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, ob. cit., p. 143.

(131) V. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*; Milán 1967, pp. 17-19.

(132) Vid. comentario de esta RDGR en p. 160 del presente trabajo.

sin su consentimiento. Las consecuencias del incumplimiento de la prohibición de disponer serán distintas dependiendo de la regulación que el propio donante establezca para dicho incumplimiento. Si el donante señala, como sanción del incumplimiento de la prohibición, la revocación de la donación misma, el objeto sobre el que ésta recaiga retornará al patrimonio del donante. Aquí es necesario subrayar que, el bien retornará al patrimonio del donante no como consecuencia del incumplimiento de la prohibición de disponer, sino como efecto de la condición resolutoria. Si el donante no señaló ninguna consecuencia del incumplimiento de la prohibición, a modo de condición resolutoria, sino que sencillamente impuso la prohibición, el bien volverá al patrimonio del donatario pero no al del donante.

1.3. *Supuestos en los que el beneficiado por la prohibición es un tercero*

En ocasiones el beneficio suele consistir en el cobro de una pensión. Por ejemplo en el caso contemplado por la RDGR de 18 de abril de 1952 la causante lega unas fincas con la prohibición de venderlas durante cuarenta años, estando sujetas, las fincas, durante el citado término al pago de una pensión anual a las Hermanas de la Caridad de la ciudad.

En estos casos lo que parece existir, en realidad, es un censo temporal (133), lo que nos conduciría a cuestionar la admisión de esta figura. A parte de los supuestos de cargas reales típicas a las que el Código civil se refiere (censos, foros, superficie y gravámenes semejantes a la enfiteusis), pueden haber otras al amparo del *numerus apertus* de los derechos reales. El Código civil hace referencia a otros tipos de créditos o rentas reales que no son censos como en los casos, entre otros, de los arts. 336 y 355 III (134). Estas cargas atípicas si recaen sobre bienes inmuebles tienen la consideración de inmuebles (arts. 336 y 334.10 C.c.). Puede ocurrir, como es el supuesto recogido por el art. 336 C.c., que la pensión sea hereditaria afectando a determinada familia, en cuyo caso, en virtud del art. 785.3 C.c. se aplicará el límite del segundo grado.

Podemos comprobar que nuestro Código Civil contempla expresamente en su artículo 336 la renta vitalicia como carga real (135) (136). Sin embargo, la D.G.R.N. a pesar de acoger en sus decisiones la doctrina del *numerus apertus* es curioso que niegue constantemente la posibilidad de establecer rentas vitalicias como carga real sobre inmuebles determinados.

De admitir la renta vitalicia como derecho real, que sería el caso de

(133) Admitido por nuestro Código civil el censo vitalicio, se debe afirmar la admisión del censo temporal.

(134) V. en este sentido PEÑA, *Derechos reales*, cit., pp. 311 y 312.

(135) V. en el mismo sentido PEÑA, *ibidem*.

(136) V. art. 336 de la Compilación de Cataluña.

la citada Resolución, precisamente el beneficio consistiría en la facultad de obtener del titular del bien gravado una renta, pensión o prestaciones, cualquiera que fuese el titular del dominio. Nos parece que esto debe ser así, lo que nos conduce a pensar en lo innecesario de la prohibición que gravaría excesivamente al sujeto sometido a ella sin ninguna consecuencia práctica, pues si lo que se intenta proteger en estos casos es al beneficiado por la prohibición, éste se halla plenamente satisfecho y garantizado con la renta vitalicia configurada como carga real.

Otras veces el testador impone la prohibición en consideración a alguna persona determinada, que en estos casos no tiene por qué ser el mismo sometido a ella. En estos casos el testador pretende que el bien no salga del patrimonio hasta que se cumplan determinadas circunstancias.

En el supuesto de la RDGR de 22 de febrero de 1989, impone el testador la condición de que la finca no podrá ser enajenada en forma alguna por su heredera, su nieta, hasta el fallecimiento de su hijo, padre de la heredera, ni aún por éste mismo, y si su hijo falleciera tampoco podrá ser enajenada hasta que su nieta cumpla veintinueve años (137).

En estos casos el beneficiado por la prohibición podrá impugnar la transmisión realizada y asimismo podrá hacerlo el ejecutor testamentario.

2. Relación existente entre el vendedor-comprador

El problema que nos planteamos se centra en la compraventa realizada por el heredero o donatario, sujetos a la prohibición de disponer impuesta por el testador o donante, con un tercero, infringiendo, por tanto, la prohibición.

Lo primero que debemos plantear es el momento de eficacia de la prohibición de disponer. Como vimos en su lugar, la prohibición de disponer es un cercenamiento de la facultad de disponer, temporal y con causa suficiente.

La doctrina comúnmente seguida suele señalar que, aunque no se puede negar el influjo que la Ley Hipotecaria ejerció en la doctrina del título y el modo, este influjo no ha llegado nunca a modificar las reglas del Derecho sustantivo (138). De acuerdo con esta línea creemos que los derechos reales, salvo excepciones como la hipoteca, se constituyen, modifican y extinguen fuera del Registro de la Propiedad. En este sentido las prohibiciones de disponer serán eficaces con independencia del Registro de la Propiedad, su validez y eficacia será previa a su publicidad registral. Por tanto, con independencia de su inscripción, en virtud

(137) V. comentario a esta Resolución en p. 164 del presente trabajo.

(138) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, cit., p. 679.

de la prohibición, si el sujeto sometido a ella vende, sin facultad de disponer, no habrá transmitido la propiedad.

Con arreglo a lo anterior, existen supuestos de testamentos o donaciones en los que el testador o donante imponen una prohibición de disponer sin existir, bien la inmatriculación de la finca o bien la inscripción del título (donación o testamento). En ellos el acto realizado incumpliendo la prohibición no transmitirá el dominio.

Un paso más allá podríamos dar si estando inmatriculada la finca e inscrito el título (donación o testamento) no ocurre lo mismo con la prohibición. Esto nos llevaría a preguntarnos si la protección de dispensa el Registro a los terceros adquirentes se otorga con las condiciones del art. 32 Lh o del art. 34 de la misma Ley (139).

Ambos supuestos pueden plantearse de manera distinta si se acepta que las prohibiciones de disponer con posible eficacia real requieren la inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad. A favor de esta postura se pueden dar varios argumentos: en primer lugar, las prohibiciones de disponer no tienen ningún tipo de publicidad posesoria, por lo que no cabe otra que la publicidad registral; en segundo lugar, las prohibiciones de disponer son contrarias a la libre circulación de los bienes, por lo que deben someterse a los requisitos más exigentes de publicidad; y en tercer lugar, se debe tener en cuenta que el art. 785.2 es la única regla que hace referencia directa a las prohibiciones de disponer y sólo para limitarlas, mientras que el art. 26 LH, y aunque aquí el argumento sea puramente literal, no contradice al Código civil cuando señala que las prohibiciones de disponer o enajenar “*se harán constar en el Registro de la Propiedad y “producirán efecto”* con arreglo a las siguientes normas (140).

De admitir la inscripción constitutiva para la eficacia real de las prohibiciones de disponer, obtendríamos dos regímenes jurídicos distintos de las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título gratuito. Aquellas prohibiciones de disponer no inscritas, únicamente originarán un vínculo obligacional, de manera que la infracción de la prohibición dará lugar a indemnización de daños y perjuicios pero el acto realizado será válido. El régimen jurídico de éstas se equipararía al de las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso. De otra par-

(139) Partimos de un concepto unitario de tercero hipotecario con PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1986, pp. 591 y ss. vid. allí la polémica (art. 32-34 LH).

(140) En este sentido señala DíEZ-PICAZO (*Fundamentos II*, cit., p. 715): “Cuando la prohibición de disponer recae sobre bienes inmuebles, para ser eficaz y oponible frente a terceros es menester que aparezca inscrita en el Registro por virtud del juego de los cardinales principios de fe pública. Nuestra LH ha regulado por ello la inscribibilidad de las prohibiciones de disponer y lo ha hecho en sentido restrictivo. De esta suerte, las prohibiciones de disponer no inscribibles y las inscribibles pero no inscritas quedan derogadas a la categoría de obligaciones negativas con efectos interpartes”.

te, aquellas prohibiciones de disponer inscritas en el Registro de la Propiedad tendrán eficacia real, eficacia originada por la inscripción y el acto realizado incumpliendo la misma será nulo en su vertiente traslativa.

La admisión de este punto de vista daría lugar a una mejor solución práctica. Es de todos sabido la importancia de la publicidad en la constitución y en la transferencia de los derechos reales, en especial cuando recaen sobre bienes inmuebles. Precisamente la mayor o menor seguridad del tráfico está en función de la publicidad. El desarrollo de la circulación de la riqueza y el fomento del crédito territorial, objetivos de índole económica deseables están en función de la seguridad del tráfico. Precisamente en materia de prohibiciones de disponer que como hemos dicho no tienen ningún tipo de publicidad posesoria, no cabe otra que la publicidad registral.

Desde el aspecto declarativo de la inscripción existente en nuestro Ordenamiento, para la creación, modificación y extinción de los derechos reales, salvo excepciones, las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título gratuito serían eficaces con independencia de su inscripción. El acto realizado incumpliendo la prohibición será nulo en su aspecto traslativo.

De cara a los terceros, es evidente que la prohibición de disponer no inscrita no les afecta cuando dichos terceros estén protegidos por la fe pública registral, que serán mantenidos en su adquisición.

Este fue el caso contemplado por la STS de 9-7-1957. El testador, padre de la demandante y del difunto marido de la demandada otorgó testamento en el que prelegó a su hijo una finca de la que no podría disponer libremente mientras no contrajese legítimo matrimonio, no tuviese del mismo uno o más hijos y no hubiese cumplido veinticinco años. Instituyó heredero universal también a su hijo y para el caso de que éste premuriese al testador o sobreviviéndole falleciera sin hijos de legítimo matrimonio le sustituyó por una hija (demandante). El hijo del testador falleció sin hijos e instituyó en su testamento heredera universal a su esposa (demandada). Posteriormente, la demandada, inscrito ya su derecho, vendió la finca a un tercero que a su vez también inscribió. La demandante solicita la nulidad de las dos inscripciones y reivindica la finca. Se oponen a la demanda la demandada y el tercero.

El TS en sus considerandos señala que “el demandado recurrente está plenamente comprendido en los supuestos de ese artículo para que se le mantenga en su adquisición, aunque después de ella se anule el derecho de quien le transmitió la finca, pues ha inscrito su derecho en el Registro, la adquirió de buena fe, que se presume según el párrafo segundo del art. 34 LH, y nadie le ha discutido a título de compra y, por tanto, oneroso y de persona que aparecía de la inscripción vigente a la sazón que podía transmitirla, ya que no se menciona en él que estuviera la finca sujeta a limitación ninguna que impidiera a la titular de ella su

libre disposición, y esta inscripción surtía efectos contra terceros aunque no habían transcurrido dos años de la muerte de su causante porque estaba comprendida en la excepción del art. 28 LH “que la sentencia recurrida al pronunciarse sobre la finca y su actual propietario no ha tenido en cuenta que la limitación para disponer que implica el fideicomiso no puede producir el efecto que éste pretende contra el comprador, pues para esto era indispensable que constara en el Registro de la Propiedad de acuerdo con el art. 13.1 LH, y al no aparecer así, según el art. 37.1 LH, no se da contra ese tercer poseedor la acción formulada en la existencia de fideicomiso que esgrime la actora”. En función de lo anterior “la actora no tiene acción para exigir la resolución de la venta de la finca”. Por último, la primitiva demandante no hace petición alguna subsidiaria para el caso en que la resolución no tenga lugar (141).

A pesar de lo anterior, es claro que en el supuesto de prohibición no inscrita, si el tercero conocía la inexactitud registral, destruida la presunción, no se hallaría protegido por el art. 34 LH y no siendo tercero hipotecario no adquiriría el dominio.

El problema tendría consecuencias completamente distintas, si como dijimos anteriormente, considerásemos constitutiva la inscripción en esta materia. Si la prohibición no está inscrita ninguna consecuencia tendría frente a terceros, pues en ese caso la prohibición únicamente originaría un vínculo obligacional que no afectaría en ningún caso al comprador del bien sobre el que recaía la prohibición (142).

Si la prohibición de disponer está inscrita, el comprador no consolidará su adquisición no por el hecho de que esté inscrita, sino porque no será tercer hipotecario, pues para serlo tiene que inscribir su derecho, y como veremos en la mayoría de los casos el registrador, ante una prohibición de disponer en el título anterior, no inscribe.

En el plano de los derechos reales, para la adquisición de la propiedad, la buena o mala fe del vendedor no tiene importancia, si la tiene, sin embargo, la buena o mala fe del comprador (143).

(141) Siendo el supuesto contemplado por la sentencia una sustitución fideicomisaria, siempre podrán surgir los mecanismos propios de la institución por actos del fiduciario lesivos para el fideicomisario.

(142) Nos aproximáramos a la regulación existente en el Derecho alemán, por lo menos en aquellos casos en que la prohibición no estuviese inscrita, por lo que frente a terceros no tendría eficacia alguna, pudiendo tener, eso sí, valor obligacional. Como vimos, en el sistema alemán no se admite, en virtud de negocio jurídico, la limitación o exclusión de la facultad de disponer. No obstante se origina un vínculo obligacional. De esta manera la disposición que infrinja una prohibición será válida, aunque podrá dar lugar a indemnización. (V. entre otros, LARENZ, ob. cit., p. 436, y ENNECCERUS, en ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho civil, parte general II, primera parte*, Barcelona 1981, p. 57 y ss.). Vid. SOERGEL, BGB Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil §1-240. 11.neubearbeitete Auflage; Kohlhammer 1978, v. §137, pp. 651 y ss. Vid. Staudinger BGB 12, Auflage §90-240, München 1980, v. §137, pp. 433 y ss. Vid. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1, Allgemeiner Teil, Luderhand 1987, v. §137, pp. 491 y ss.

(143) Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, *La buena fe y su concreción en el ámbito del Dere-*

Centrándonos en nuestro supuesto (prohibición de disponer inscrita), ¿qué sucede en el terreno obligacional?

En el plano obligacional cobra importancia la buena o mala fe del vendedor, y por supuesto, también la tiene la buena o mala fe del comprador.

Partimos de la base de que la inscripción no establece una presunción *iure et de iure*, de que es por todos conocida (144), sin defensa alguna para el comprador, y menos en el supuesto de dolo del vendedor. Por otra parte, que la carga esté inscrita no significa que el vendedor irremediablemente debía conocerla, aunque este supuesto es mucho más difícil, hipotéticamente no se debe excluir.

El comprador no puede alegar simplemente el desconocimiento de la prohibición inscrita; el vendedor tampoco puede quedar completamente libre alegando solamente dicha inscripción.

En la práctica, cuando se realizan compraventas en la que el vendedor se hallaba sometido a prohibición de disponer, cuando el comprador pretende la inscripción, el registrador no inscribe. En el caso contemplado por la Dirección en la RDGR de 15-1-1952, tres titulares usufructuarias vitalicias de unas fincas con prohibición temporal de enajenar, las venden verbalmente al hijo de una de ellas, quien a su vez transmitió por escritura a su padre y al marido de otra usufructuaria, éstos pretenden la inscripción a su favor sin la indicada prohibición intentando la reanudación del tracto sucesivo.

Entre sus consideraciones señala la Dirección que: “el auto presidencial ha puesto de manifiesto la intención de los herederos de burlar las cláusulas testamentarias mediante una confabulación familiar; y en suma, si prospera la pretensión de los recurrentes se legitimaría un acto que presenta los caracteres técnicos de los realizados en fraude a la ley, y contra lo dispuesto en el art. 26 LH se privaría de eficacia a una prohibición de enajenar válidamente inscrita sin las garantías y solemnidades necesarias para tal fin” (145).

cho civil, cit. Señala el autor que “la buena fe llamada psicológica hace una valoración ética que la pretendida concepción ética de la buena fe, y por otra parte es la aceptada por el legislador en los arts. 433 y 1950 C.c. y en el art. 34 LH. Ni siquiera existen razones morales para modificar la valoración hecha por el legislador. En estos casos el juez debe limitarse, no destruida la presunción de buena fe, a la labor de subsunción”.

(144) Vid. DE ANGEL YAGÜEZ, *Algunas consideraciones en torno al artículo 1.483 del Código civil*, RCDI 1971-II, pp. 1.345 y ss.

(145) Vid. también la RDGR de 10-3-1944. En un supuesto de sustitución fideicomisaria en Cataluña, la fiduciaria con consentimiento de los posibles fideicomisarios realiza una compraventa. El registrador niega la inscripción. La Dirección considera que “aparte del fiduciario han intervenido en la venta —representados por su madre— los fideicomisarios presuntos, nietos del testador, para transmitir sus respectivos derechos futuros, pero la concurrencia o el consentimiento de estos herederos no produce la transferencia total del derecho de propiedad, porque el testador ha llamado a los hijos que de su legítimo matrimonio tuviere el fiduciario, y queda siempre en pie, como defecto por

En el supuesto contemplado por la RDGR de 1-2-1952, la Dirección también niega la inscripción. Por escritura de compraventa, M, P y R como administradores con facultad de vender los bienes adjudicados por D. Luis a sus nietos, hijos de su hijo D. José vendieron a D. Marcos un caserío. Dicho caserío pertenecía en plena propiedad a los nietos de D. Luis quienes al morir su padre consolidaron el usufructo que éste tenía, con la nuda propiedad que les había sido legado por su abuelo, el que dispuso en su testamento que los bienes “no se podrían gravar ni vender hasta que los nietos lleguen todos a la mayor edad”. Nombró administradores a R y P añadiendo que si por cualquier circunstancia fuese conveniente o necesario, a juicio de éstos venderlos podrían hacerlo con obligación de invertir su importe en valores seguros que quedarían sujetos a las mismas condiciones.

Entre sus considerandos argumenta la Dirección: “que admitido el poder dispositivo de los vendedores se privaría a los plenos propietarios actuales del caserío de facultades que son contenido normal de la propiedad según el Código civil, en contra de la orientación favorable a la libertad del dominio que preside nuestra legislación, y con la posibilidad de que sufran perjuicios los dueños por la enajenación efectuada, con el simple compromiso de invertir el precio en valores seguros, sin el consentimiento y quizá sin el conocimiento de titulares registrales con plena capacidad de obrar”; “que la interpretación teleológica de la prohibición de enajenar impuesta en el testamento y las circunstancias acreditadas en el expediente revelan la intención del testador de privar a su hijo de la disposición de los bienes, confiriéndole solamente el usufructo, acaso por estimar que no reunía condiciones necesarias para su recta administración y conservación; y que esta legítima finalidad puede ser protegida temporalmente por el ordenamiento jurídico, pero su alcance y efectividad han de apreciarse en relación con todas las cláusulas del testamento, ley de la sucesión, y hechos posteriores que no permiten concluir, como se hizo en la escritura calificada, que por ser menor uno de los cuatro nietos subsistan la administración y las excepcionales facultades dispositivas establecidas por el testador, en atención a la adjudicación de los bienes hecha en usufructo y nuda propiedad”.

Nos parece evidente el acto excesivo por parte de los administradores, que desde luego no debieron acreditar la necesidad que exigía la disposición del testador. Tampoco nos parece muy oportuno por parte de la Dirección argumentar este tipo de supuestos fundándose en la orientación de nuestra legislación favorable a la libertad del dominio, pues en el caso de las prohibiciones de disponer únicamente lo dificultan.

ahora insubsanable, la posibilidad por nadie contradicha, de que nazcan otros hijos a quienes también alcance el llamamiento”.

La posibilidad de enajenación en el fideicomiso catalán se admite (art. 196 Compilación de Cataluña). Es evidente en este supuesto la diferencia que existe entre la sustitución fideicomisaria y la prohibición de disponer.

En cualquier caso, estas resoluciones evidencian que, lógicamente, el registrador en estos supuestos sólo puede limitarse a inscribir o no, quedando la vía ordinaria abierta para enjuiciar la validez o no de la prohibición, la eficacia o ineficacia de la transmisión y la validez o no del contrato (146).

(146) Un supuesto similar es el contemplado por la RDGR 22-6-1943. La cuestión que se planteó ante la Dirección se debió a los siguientes hechos: Instituida una persona heredera en usufructo de la mitad de la herencia con la condición de que los bienes así adquiridos habrían de pasar en pleno dominio a los hijos que tuviere, cuando se calculare racionalmente pensando que por ley física o natural no habría de tener más sucesión. Ello con la limitación de que los hijos no adquirirían ni entrarían en posesión de su parte respectiva hasta el día en que el último de ellos alcanzare la mayor edad. Entre los bienes se encontraba una casa que posteriormente dicha persona vende. Se plantea si es inscribible la compraventa efectuada.

La Dirección entre sus considerandos señala: “que en el testamento otorgado por don L. aparece instituida su hija como heredera usufructuaria en la mitad de la casa, con la siguiente ampliación: —cuando con el transcurso del tiempo se calculare, racionalmente pensando, que por ley física o natural, su citada hija no tuviera sucesión, los bienes que hubiera usufructuado con arreglo a la citada disposición, los adquirirían en pleno dominio y por iguales partes los hijos legítimos que a la sazón tuviere, con la sola limitación de que estos no adquirirían ni entrarían en posesión de su parte respectiva hasta el día en que el último de ellos cumpliera la mayor edad, a menos que antes de ocurrir este hecho, falleciese la doña S— y por mucha libertad que se deje a la instituida para interpretar esta cláusula y provocar la adquisición del pleno dominio a favor de los hijos legítimos en un momento dado, no puede admitirse que por el solo hecho de haber quedado viuda, único dato en que se apoya la escritura que ni siquiera consigna la edad de la expresada señora, pueda estimarse que racionalmente pensando no ha de tener sucesión, por lo que resulta justificada la parte de la nota calificadora que, fundándose en la falta de previa inscripción a favor de los vendedores, deniega la inscripción de la venta en cuanto se refiere a la nuda propiedad”, “que por lo tocante a la afirmación hecha en la misma nota sobre la falta de capacidad de los hijos de doña S., también ha de reconocerse la deficiencia del poder dispositivo de los mismos: Primero, porque en el testamento aludido consta con toda claridad la limitación de que los hijos llamados —no adquirirían ni entrarían en posesión de su parte respectiva hasta el día en que el último de ellos tuviese la mayor edad— y según consta en la escritura tres eran menores de edad cuando se realizó el otorgamiento; segundo, que, aún dando solamente un valor relativo a la contradicción implícita en la cláusula examinada que, por un lado, ordena, respecto de los bienes, que los hijos legítimos los adquirirán, e inmediatamente establece que no adquirirán, es indudable que, por lo menos, existe una prohibición de enajenar válida con arreglo al núm. 2 del art. 785 C.c., en su relación con el art. 781 del mismo Código, y tercero, porque la autorización judicial obtenida para llevar a cabo la enajenación podrá suplir la falta de capacidad de los menores, pero no la carencia de poder dispositivo para perfeccionar la transferencia de dominio desde el patrimonio de los mismos al del comprador”; “que la alegación del recurrente, relativa a que la enajenación del pleno dominio llevada a efecto, con autorización judicial, no altera las disposiciones testamentarias a que estaba afecto el inmueble, sino que se limita a transformar el objeto, sustituyendo éste por el precio, no se compecede con la doctrina reiteradamente sustentada por este Centro, según la cual las prohibiciones de enajenar impiden el ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al titular, porque sin implicar propiamente una falta de capacidad jurídica oponen un veto al desenvolvimiento de las atribuciones concedidas usualmente al propietario; y si bien las prescripciones fundamentales del régimen hipotecario son refractarias

La doctrina en general entiende que el acto realizado infringiendo la prohibición es nulo (147). Sin embargo, como dice Lacruz (148): “la prohibición válida sustrae al gravado la facultad de disponer, de modo que sus actos de enajenación son, no nulos (puesto que pueden tener los requisitos del art. 1261 C.c.), sino ineficaces”.

En este sentido hay que entender que el acto sea nulo, es decir, no hay transmisión de la propiedad, pero igual que en el caso de venta de cosa ajena, el contrato es válido y eficaz (149).

Descartamos así la posible nulidad radical o absoluta de la compraventa realizada. De ser así, cualquier sujeto interesado estaría legitimado para pedir dicha nulidad.

La compraventa realizada por el que no puede disponer, al hallarse sujeto a la prohibición, no implica falta de causa en el contrato, que de existir sí determinaría la nulidad radical (arts. 1275; 6.3; 1261; 1300 y 1301 C.c.). Tampoco es nula por falta de objeto. Podría ser nula si el objeto no estuviese determinado, no existiese en el momento de celebrarse el contrato o fuese ilícito o extra commercium (arts. 1271-1273 C.c.). En este último caso la prohibición voluntaria de disponer no convierte el bien en res extra commercium, cuestión que en todo caso dependerá de una prohibición legal. En todos estos supuestos la venta sería nula, pero también lo sería si no existiese prohibición de disponer.

En la práctica se ha planteado el problema del incumplimiento de la prohibición de disponer por el vendedor en varias ocasiones. Entre otras la STS 1-3-1932 contempló el siguiente supuesto: D. Luis Grau dis-

a las prohibiciones de enajenar, que gravan la propiedad y entorpecen el comercio jurídico inmobiliario, corresponden por otra parte las limitaciones impuestas en testamento, a la previsión de los testadores, que han sido admitidas por nuestra legislación y reconocidas por este Centro directivo”; “finalmente, que para levantar esa prohibición de enajenar es insuficiente la autorización judicial obtenida al amparo del art. 164 C.c. como si se tratara de bienes que se hallan en el patrimonio de los menores, sin sujeción a limitaciones del poder dispositivo, y así se ha reconocido en múltiples ocasiones por este Centro directivo”.

Esta Dirección general ha acordado revocar el auto apelado y declarar que la escritura objeto de este recurso no se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales.

(147) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, ob. cit., p. 713; ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, ob. cit., p. 296; CHICO y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid 1989, p. 500; MONTES PENADES, ob. cit., p. 323; ROCA TRÍAS, ob. cit., p. 289; EGUSQUIZA, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Barcelona, 1990, p. 61.

(148) *Elementos III-1*, ob. cit., p. 193.

(149) En el sistema francés, según WEILL-TERRE-SIMLER, ob. cit., p. 121, para algunos, las cláusulas de inalienabilidad establecen una incapacidad personal del donatario o legatario limitada a actos concretos sobre un bien determinada, pero este análisis tiene una objeción: incapacidad no puede ser creada por convención. Así la Jurisprudencia tiende a admitir aquí una verdadera *indisponibilidad real* del bien.

Respecto de la publicidad registral de las prohibiciones de disponer y su eficacia frente a terceros, vid. LARROUMET, ob. cit. p. 213 a 215.

Recordemos el sistema consensualista francés de transmisión de la propiedad.

puso en su testamento “Lego a mi hija Vicenta la casa que tengo en... y la prohíbo que enajene o hipoteque, pero podrá disponer de ella libremente para después de su muerte”, e instituyó herederos a sus tres hijos quienes aceptaron la herencia y entregaron el legado. Posteriormente, en 1924, doña Vicenta por escritura pública vende para después de su muerte a uno de sus hermanos la casa legada. Fallecido éste, doña Vicenta interpone demanda en 1929 contra la esposa de su hermano en calidad de representante legal de la hija de ambos y contra ésta como heredera necesaria de su padre. La actora solicita que se declare la inexistencia del contrato de compraventa alegando fundamentalmente inducción a la venta por parte de su hermano y la infracción de la prohibición de disponer impuesta por su padre. El Juzgado de Primera Instancia declaró inexistente el contrato. La Audiencia Territorial de Barcelona revoca la sentencia de Instancia absolviendo a la demandada.

El Tribunal Supremo señala en sus Considerandos: “que el primer motivo del recurso, en que se invocan como infringidos los arts. 1271, 1275 y 1276 C.c. se funda sustancialmente en el supuesto de que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública de 18-11-1924 es simulado y, por tanto, inexistente por falta de precio y por falsedad de la causa a fin de tratar de eludir la prohibición impuesta por el testador al ordenar el legado a favor de su hija...; más como la Sala sentenciadora al absolver de la demanda estimó en uso de su facultad soberana al apreciar las pruebas que hubo consentimiento no afectado por error, dolo o fraude, objeto cierto y determinado, y causa que por tratarse de un contrato oneroso es el precio por parte del vendedor... y por último, que no se había probado la supuesta simulación alegada, no combatiéndose esa apreciación de hechos en la forma que para casación exige el número séptimo del art. 1692 de la Procesal, es indudable que no existieron las infracciones legales aducidas y el supuesto del recurrente no puede prevalecer”; “que al invocarse por la parte recurrente la aplicación indebida del art. 1302 y la infracción del 1300 C.c., parte también del supuesto que el Tribunal a quo, confundiendo la inexistencia con la nulidad, aplicó indebidamente a aquélla la prescripción de cuatro años referente tan sólo a la nulidad por vicio en el consentimiento o en cualquier otro de los requisitos fundamentales, pero lejos de ser así la Sala de Instancia, distinguiendo perfectamente la inexistencia, esto es, la celebración de un contrato con carencia total de alguno o algunos de los requisitos esenciales, adoleció, no obstante, alguno de estos, de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, estimó, al dictar su fallo absolutorio como antes se dijo, que el contrato de compraventa objeto de la litis no era inexistente por reunir los elementos esenciales para su validez, pero que caso de que la vendedora hubiese obrado con falta de capacidad civil o mejor de poder dispositivo tal como si tenía o no facultad para enajenar y si podría o no ir contra sus propios actos, ello no implicaría inexistencia y si una acción de nulidad que habría prescrito y como esas afirmaciones del Tribunal de instancia se ajustan a la sala doc-

trina jurídica y no existe la confusión alegada, es visto que el motivo no puede prosperar". El Tribunal Supremo declara no haber lugar a la casación.

En principio, se trata de un supuesto bien planteado en el sentido en que ya hemos visto. Una cuestión es la posible transmisión del bien por el sujeto sometido a prohibición, y otra es la posible validez del contrato, título de la transmisión.

En el caso de esta sentencia la vendedora, es claro, que no podía alegar su propia infracción de la prohibición alegando el principio de que nadie puede provocar la evicción si está obligado por ella. La nulidad radical del contrato parece que sí en función de la falta de alguno de los requisitos del art. 1261 C.c. Es en este sentido en el que la sentencia distingue entre nulidad radical y anulabilidad, correspondiendo el plazo de los cuatro años a esta última.

Sin embargo, hay que resaltar lo dicho por el Tribunal Supremo cuando señala, refiriéndose a la sentencia recurrida que "el contrato de compraventa objeto de la litis no era inexistente por reunir los elementos esenciales para su validez, pero que caso de que la vendedora hubiese obrado con *falta de capacidad civil o mejor de poder dispositivo tal como si tenía o no facultad para enajenar y si podría o no ir contra sus propios actos, ello no implicaría inexistencia y sí una acción de nulidad que habría prescrito* y como esas afirmaciones del Tribunal de instancia se ajustan a la sana doctrina jurídica y no existe la confusión alegada, es visto que el motivo no puede prosperar".

Si efectivamente el contrato de compraventa era válido, al reunir las condiciones de validez (art. 1261 C.c.), la actora, a no ser que alegara error, no puede impugnar el contrato y menos la prohibición en virtud de la doctrina de los actos propios.

También es de aclarar que la falta de poder dispositivo en la vendedora no engendraría en ningún caso una acción de nulidad (anulabilidad) que habría prescrito. Aquí el problema es diferente, se podría haber impugnado la *transmisión* pero evidentemente dicha impugnación no podía partir de la propia vendedora sino del beneficiado por la prohibición. En todos estos supuestos, cuando el beneficiado por la prohibición es el mismo sujeto al que se le ha prohibido disponer, sin ningún tipo de beneficio para nadie más, es muy difícil que prospere la acción, a no ser que en el caso de prohibición testamentaria exista un albacea o encargado de cumplir la voluntad del testador, como veremos.

Supuesto similar al anterior fue el contemplado por la STS 19-20-1962. D. Francisco V. otorgó testamento en 1880, por el que legaba una serie de bienes inmuebles a su hermano D. Ramón, con diversas obligaciones algunas extinguidas cuando se produjo la sucesión de este último y la de celebrar determinados sufragios por término de 100 años, añadiendo literalmente "en inteligencia de que los bienes indicados quedaran afectos por todo este tiempo a la mencionada carga y unidos a la casa natalicia del testador, sin poder dividirse en ese in-

terregno y solamente al transcurso de dicho plazo habrán de reputarse libres de aquel gravamen y divisibles entre los descendientes del heredero instituido”.

A su vez D. Ramón, padre de cuatro hijos, otorgó testamento en 1909 haciendo constar que en cumplimiento de la voluntad de D. Francisco y declarando que dado que estaba reducido a la condición de usufructuario, dejaba los bienes legados en usufructo a su esposa doña Lorenza y en nuda propiedad a su hijo D. José (demandado) añadiendo que a su muerte podrá éste elegir entre sus descendientes legítimos quien haya de sucederle si al fallecer no se ha cumplido el término a que está sometida la divisibilidad. De los hijos de D. Ramón habían fallecido tres, con independencia de D. José que sobrevivió. De los posibles descendientes de D. Francisco quedaron: el actor, D. Manuel, que era hijo de la primera, el segundo falleció sin hijos y tres hijos de la tercera. Posteriormente, D. José realiza una serie de compraventas sobre los citados bienes y D. Manuel por sí y en nombre de la comunidad hereditaria formada por sus hermanos interpone demanda, contra D. José y los que con él contrataron, solicitando la nulidad de las compraventas realizadas.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y declarando inexistentes los contratos de compraventa realizados. La Audiencia, revoca la anterior y estima la excepción de falta de acción en el actor.

El TS señala en sus considerandos: “que D. Francisco V. constituyó con dicho legado una institución fideicomisaria en que era fiduciario el legatario, su hermano D. Ramón, con el derecho de disfrutar y administrar los bienes legados y con la obligación de cumplir la obra pía que se le encomendaba y de conservar indivisos, afectos a la carga y unidos a la casa referida los bienes legados durante los cien años dichos, a cuyo transcurso se dividirían entre los descendientes del fiduciario; lo que equivale a una prohibición de enajenar, disgregar o dividir los bienes en los cien años, pasados los cuales se repartirían entre los descendientes de D. Ramón; y como quiera que el actor no se le ha negado su cualidad de descendiente directo del fiduciario, es evidente que este último venía obligado a conservar los bienes para lo que fueran descendientes suyos al finalizar el plazo de cien años”, “que D. Ramón, en cumplimiento de la voluntad de su hermano D. Francisco, sabía y así se titulaba, que era sólo usufructuario... sin que sea obstáculo para ello que el testador empleara la frase de que le dejaba los bienes en (nuda propiedad) ya que a más de que confiesa que no le pertenecía y nadie puede dar lo que tiene, del contexto de las disposiciones antes transcritas se desprende que quiso dejar a su esposa el disfrute del usufructo de los bienes de por vida y a su hijo la titularidad de ese usufructo para cuando muriera su madre y que impropriamente califica de nuda propiedad”, “que al actor, como descendiente directo de D. Ramón, le asiste un de-

recho expectante sobre los bienes hoy sometidos a fideicomiso y está legitimado para oponerse a la enajenación, dispersión o división de tales bienes, debiendo casarse y anularse la sentencia recurrida que le niega tal derecho y acepta la excepción de contrario formulada, de que carece de legitimación activa para ello; sin que sea preciso entrar, por tanto, en el estudio de los dos últimos motivos del recurso, que además, se interponen con carácter subsidiario”.

En el caso de esta sentencia se debe partir ante todo de la limitación impuesta por el primer causante, *una vez cumplido el término por el que se celebraran las cargas pías, los bienes quedarán libres del gravamen y se dividirán entre los descendientes del instituido heredero*”. En este sentido se planteaban distintas cuestiones: En primer lugar un supuesto de pseudo-usufructo testamentario, en el primer testamento sin actual nuda propiedad, por tanto equiparable a una sustitución fideicomisaria y en el segundo, el testamento de D. Ramón, que como vimos en su momento podía entenderse que existía un fideicomiso, y en ese caso el actor estaba legitimado en calidad de posible fideicomisario y D. José no podía disponer en virtud de la prohibición, o bien como entienden Díez-Picazo y Gullón (150) cuando la atribución de los usufructos va acompañada de una atribución del pleno dominio de los bienes a otras personas a la muerte del usufructuario, y esas personas viven al abrirse la sucesión del causante, no hay necesidad de pensar en una sustitución fideicomisaria, en ese caso nos encontraremos ante llamamientos al usufructo y a la plena propiedad, éste aplazado simplemente, por tanto usufructo con nuda propiedad coetánea, que parece ser el supuesto de la sentencia, pero en cualquier caso con prohibición de disponer hasta que pasase el término de los 100 años, pues si moría con anterioridad los bienes pasaban a otro descendiente con la misma carga, y el actor se hallaría legitimado en virtud de un derecho expectante a su favor; o bien si se entiende como en los casos de las STS 4-2-1970 y 4-12-1975 que se deja en suspenso la nuda propiedad, postura que ya dijimos no compartimos, en cualquiera de los casos D. José no podía disponer, en el primero como posible fiduciario, en el segundo por estar sujeto a prohibición de disponer y en el tercero como usufructuario tampoco podía disponer de la propiedad de los bienes.

En segundo lugar se plantea por el demandante y se acoge por la Primera Instancia la nulidad de la compraventa. El Tribunal Supremo no entra en esta cuestión, pues curiosamente los recurrentes no lo piden centrandó su petición básicamente en la legitimación del demandante. Sin embargo hay que entender que lo resuelto por la Primera Instancia sería la nulidad de la transmisión y no la nulidad del contrato. El actor en cualquier caso podrá impugnar la transmisión por falta de poder de disposición en el transmitente, al no ser cosa juzgada. Los ad-

(150) *Sistema IV*, cit. p. 517.

quirientes tendrán las acciones pertinentes que en este caso evidentemente no se plantean.

En el caso de la STS de 23-11-71 si bien era un supuesto totalmente distinto pues se trataba de un usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad. Ante una compraventa realizada por el fiduciario, los fideicomisarios interponen la demanda solicitando la nulidad del acto de disposición. La Primera Instancia y la Audiencia declaran nulas las escrituras de compraventa pero *por haber sido simuladas con expresión de causa falsa* para defraudar a los herederos fideicomisarios. El TS confirma la sentencia de la Audiencia (151).

En estas líneas creemos haber puesto de manifiesto algo exigible en principio, la distinción entre el contrato y la transmisión del dominio, siendo a esto último a lo que afecta, precisamente, la falta de poder dispositivo.

Infringida la prohibición por el que realiza la venta, los posibles beneficiados por ella podrán impugnarla, pero podrán impugnar la transmisión nunca el contrato realizado, pues éste es res inter alios acta. El vendedor sujeto a prohibición no podrá impugnar la transmisión, en contra del negocio jurídico realizado, alegando su propio incumplimiento de la prohibición.

Sin embargo, cuestión que debe plantearse es qué acciones puede tener el comprador.

Aunque la prohibición sea eficaz, y por tanto, inscrita puede suceder que el comprador no la conociese.

Realizada la compraventa, el vendedor sin duda responderá en caso de evicción (arts. 1475 y ss. C.c.). Concretamente, en virtud del 1478 el comprador tendrá derecho a exigir del vendedor: la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta; los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio; costas del pleito; gastos del contrato y los daños e intereses, etc... si se vendió de mala fe.

La evicción en nuestro caso, sólo podría plantearse cuando el verdadero propietario reivindique. Ello, únicamente ocurrirá cuando exista sustitución fideicomisaria, pues en otro supuesto, el beneficiado por la prohibición no tendrá acción reivindicatoria frente al que compró, puesto que no es propietario. Únicamente si lo que pretende es la nulidad de la transmisión tendrá una acción declarativa de carácter negativo para impedir la transmisión.

Por lo tanto, en los supuestos en los que el testador imponga expresamente, al lado de la sustitución, la prohibición de disponer, el beneficiado de ésta, si es el fideicomisario tendrá acción frente al que compró, pero no en virtud de la prohibición sino en virtud de su posición

(151) Vid. también la STS 11-2-1972.

como fideicomisario, por tanto heredero del fideicomitente y así ostentando un derecho actual.

Antes de producirse la evicción, ¿qué acción puede ejercitar el comprador frente al vendedor, cuando aquel pretende inscribir y el Registrador no inscribe?

Hemos señalado que, en la concepción de la compraventa del Código civil, el vendedor en virtud del contrato de compraventa no se obliga a transmitir el dominio sino únicamente a poner en poder y posesión del comprador el bien objeto de la venta, si bien con el matiz de la posible extensión de la entrega, pues ésta podría entenderse como obligación de medios, en el sentido de poner todos los medios a su alcance, entre los que podría incluirse la posibilidad de registrar.

Salvo en aquellos supuestos en los que, de alguna manera, el vendedor se haya comprometido a transmitir, no cabrá la resolución por incumplimiento (art. 1124 en conexión con el 1107). En este sentido, ¿qué acciones tiene el comprador?

En virtud del art. 1160, veíamos que el pago no es válido si el que lo hace no tiene la libre disposición de los bienes, y que la mayoría de nuestros autores ven en la traditio un pago de una obligación de dar.

Bercovitz (152) señala que, si el pago realizado por quien no tenga la libre disposición no es válido, el acreedor podrá “Rechazar la cosa; devolver la cosa o ponerla a disposición del deudor, exigiendo el pago en condiciones de eficacia, salvo que exista una regulación específica para la obligación; rechazar el pago que le pueda corresponder realizar en las obligaciones bilaterales (art. 1100) o, pedir la resolución de la obligación bilateral, salvo que exista una regulación específica para la obligación (art. 1124)”.

En nuestro caso, si entendiésemos la traditio como un pago de una obligación de transmitir la propiedad en sentido absoluto, es evidente que el comprador podrá rechazar la cosa; podrá devolverla o mejor si le interesa quedarse con el bien, y exigir que el vendedor (deudor) levante la prohibición si es que puede. Podrá también, asimismo, rechazar el pago que le pueda corresponder.

Frente a lo dicho por Bercovitz, creemos que el problema se encuentra en la posibilidad de resolver. Poder resolver por incumplimiento supone, obviamente, incumplimiento del otro. Siguiendo la sistemática de nuestro Código civil, el vendedor que no hace propietario al comprador no incumple por este hecho, luego el vendedor responderá en tanto y cuanto se produzca la evicción. Por lo que en estos supuestos no existiendo nulidad del contrato (art. 1261) el comprador únicamente podrá atacar dicho contrato por vicio del consentimiento, fundamentalmente creemos que por dolo esencial y grave del vendedor, y como mí-

(152) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, t. XVI-1, Madrid 1980, com. art. 1.160, pp. 50 y ss. p. 53.

nimo omisivo (arts. 1267 y 1270 C.c.), pues, lógicamente, éste conocería la prohibición (art. 1301 C.c.).

En la mayoría de los supuestos de incumplimiento de la prohibición de disponer existirá, probablemente, dolo por parte del vendedor. En este caso, el comprador podrá ejercitar la acción de anulabilidad por dolo (art. 1270 C.c.), hallándose obligado el que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios (153).

En el hipotético supuesto, si no imposible, de que ambos contratantes sean de buena fe, la única vía existente para el comprador podría ser la de impugnar el contrato por error (154) (155).

La acción podrá ser ejercitada, únicamente, por la parte que padece el vicio, teniendo un plazo de cuatro años que para algunos autores es de prescripción (156), mientras que para la mayoría es de caducidad (157). En los casos de error procedería la anulación del contrato sin posible indemnización, pues el deber de resarcir y la responsabilidad tienen su fundamento en la culpa y por tanto sería necesario que una de las partes hubiese actuado de buena fe y la otra de mala fe. Así tampoco existiría cuando ambas fuesen de mala fe (158).

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, creemos que el comprador ante la negativa del Registrador a inscribir, inscrita la prohibición, podrá acudir al art. 1483 de nuestro Código civil, sin esperar a que se produzca la evicción.

Dicho artículo ofrece la solución mínima ante el problema del incumplimiento de la prohibición y de cara a dicho comprador.

(153) Vid. MORALES MORENO, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad*, ADC 1982, pp. 591 y ss. Señala este autor: "Si tanto en el dolo causal como en el incidental existe un engaño provocado (de modo más o menos intencionado) por contratante en el otro, que puede justificar una indemnización, la reparación del daño causado no es efecto exclusivo del dolo incidental, y también parece posible en el dolo causal. La manera de expresarse el art. 1.270 no significa que la indemnización sea un efecto exclusivo del dolo incidental, sino más bien que es el único efecto admitido en esta forma de dolo. Por tanto, es posible, que el contratante que ha padecido el dolo causal no impugne el contrato, porque le convenga más mantenerlo o porque haya transcurrido el plazo correspondiente, pero exija indemnización. También le cabe pedir la indemnización, además de la anulación del contrato, en la medida en que lo justifique la satisfacción de su interés. No es posible establecer, por tanto, una absoluta contraposición entre el dolo causal y el dolo incidental", p. 603.

Sobre la extensión del daño DíEZ-PICAZO (*Fundamentos I*, ob. cit., p. 204) señala que la doctrina es pacífica al entender que el deber de resarcimiento por culpa in contrahendo alcanza sólo al llamado "interés contractual negativo pero no al interés positivo".

(154) Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pp. 101 y ss.; MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid 1988. (155) Incluso podríamos imaginar la impugnación por error de derecho por parte del vendedor. Vid. MORALES MORENO, *La incidencia del error de derecho en el contrato*, Centenario del Código civil.

(156) Vid. DELGADO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII-2, Madrid 1981, p. 253.

(157) Vid. por todos DíEZ-PICAZO, *Fundamentos I*, ob. cit. p. 319.

(158) Vid. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos I*, ob. cit. p. 311.

De Angel (159), en su magnífico estudio del art. 1483 C.c., analiza el art. 1405 del Proyecto de 1851 homólogo de nuestro 1483, observando que dicho precepto estaba pensado en el Proyecto de García Goyena para el supuesto de que la carga o servidumbre estuviese inscrita (160). Señala este autor (161) que “si bien es cierto que técnicamente el error y el dolo no pueden ser causa de rescisión ¿qué otra justificación pueden tener las dos acciones del art. 1483, que no sea el error sufrido por el comprador? Repárese en que el texto del párrafo primero del 1483 está perfilando (nítida y expresivamente) un supuesto de error”.

Por tanto, en este caso debemos entender, “rescisión” en el sentido de posible anulación. Partiendo, el citado autor, del Proyecto de 1851, observa que en él se optó por una fórmula intermedia “ni imponer exclusivamente al comprador el peso de la carga inscrita, sin recurso alguno para él, ni sujetar la venta a la reglamentación general de la anulabilidad por error o dolo. Solución: permitir que el comprador “rescinda” la venta (anule), pero en un plazo especialmente riguroso”.

En nuestro supuesto y teniendo en cuenta que el concepto de dolo por omisión funcionará en todos los casos en que conociendo el vendedor la existencia de la prohibición, que será el supuesto normal, debió haberlo declarado con arreglo a un elemental criterio de rectitud en los negocios y no lo hizo, siempre ante el error probado del comprador este podrá ampararse en el art. 1483 C.c. Incluso con independencia de que el vendedor desconociese la prohibición, supuesto prácticamente imposible, el comprador podrá durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, rescindir, o solicitar la indemnización; y transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga (art. 1483). A parte, por supuesto, de la posible anulabilidad por dolo.

Tal y como señalábamos anteriormente, la vía del art. 1483 es la solución mínima, pues en la mayoría de los supuestos existirá dolo por parte del vendedor, por lo que el comprador tendrá siempre la posibilidad de anular por dolo.

Hasta ahora hemos partido de la concepción de la compraventa en nuestro Código civil. Distinto será el supuesto en que las partes hayan pactado bien de forma expresa, o que se pueda deducir, la obligación de transmitir. En la práctica por la vía del art. 1258, se puede entender integrado el contrato con esa obligación (162).

Supuesto similar al anterior, en cuanto al régimen de su incumpli-

(159) DE ANGEL YAGÜEZ, *Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código civil*, RCDI 1971-II, pp. 1345 y ss.

(160) Loc. cit. p. 1.377 y ss.

(161) Loc. cit. p. 1375.

(162) V. en este sentido RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona 1990, pp. 61 y ss.

miento, sería el caso en que el vendedor se obligase frente al comprador a levantar la prohibición.

En ambos casos, si no existe traditio traslativa por falta de poder de disposición, o bien el vendedor no levantó la prohibición, existirá incumplimiento contractual. Y en este sentido el comprador podrá acudir al art. 1124 en conexión con el art. 1107 de nuestro Código civil (163).

Es curioso el caso contemplado por la STS 12-1-1907. La testadora lega a su sobrino una casa con la condición de que mientras viva no podrá gravarla, cederla, venderla ni de otra manera enajenarla por actos entre vivos, pudiendo, no obstante, disponer de la misma para después de su muerte a su libre voluntad. Sin comprender la prohibición los actos de enajenación forzosa. Fallecida la testadora, el legatario A. vende la finca mediante escritura pública a J. manifestando en dicha escritura que “ostentaba sobre tal inmueble el pleno dominio, toda vez que la prohibición impuesta por la testadora adolecía de nulidad por no aparecer causa que determinase tal prohibición, ni persona alguna favorecida por ella, ni sanción penal que completase la condición que la prohibición implicaba; y que por tales motivos había resuelto vender a D.J. la expresada casa, con todos los derechos a ella correspondientes, incluso el dominio, cediéndole además todas las acciones que al vendedor competiesen para pedir y obtener en caso necesario la nulidad de la repetida prohibición”. Aceptada por el comprador la venta se otorgó escritura pública que fue presentada para su inscripción en el Registro. El registrador denegó la inscripción señalando “no admitida la inscripción del documento que precede, por cuanto al legar P. la finca vendida, privó al legatario A. de disponer de la misma por actos entre vivos, con cuya condición se inscribió a su favor”.

J., comprador, interpuso demanda contra todos los herederos incluido A., aclarando que “sin que por ello se entendiera que el actor abdicaba de las acciones que contra aquél, y por razón de la venta, pudiera competirle”, pidiendo que se declarase nula y sin ningún valor ni efecto la prohibición, en consecuencia válida y eficaz la compraventa realizada, y se condenase a los demandados, en las respectivas calidades de legatario, albaceas y heredero que ostentaban, a reconocer la procedencia de tales declaraciones, y a aquel o aquellos que se opusieran a la indemnización de daños y perjuicios que con su oposición causasen al actor.

El heredero contestó a la demanda señalando fundamentalmente “que el actor era persona extraña a la sucesión testamentaria y aún legítima de la persona que había otorgado el testamento, ni aparecía favorecido ni mencionado en el mismo, por lo cual carecía de acción para

(163) Vid. MONTES PENADES, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI-I, Madrid 1989, com. al art. 1124, pp. 1171 y ss.; vid. CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV-I, Madrid 1989, com. al art. 1107 C.c., pp. 709 y ss.; vid. PANTALEÓN PRIETO, *Resolución por incumplimiento e indemnización*, ADC 1989, pp. 1143 y ss.

impugnar la última voluntad de la causante, ni demandar al heredero” y “que el hecho de reclamar la liberación de una condición una persona a quien no le había sido impuesta y que conocía la existencia de la misma antes de contratar con aquel a quien se le impuso, implicaba en el demandante una rectificación de actos propios que traería como consecuencia la alteración esencial de los tiempos, personas y acciones, por lo que el comprador debió dirigirse al vendedor y éste a su vez, como legatario, al heredero instituido; que la condición bajo la cual se había hecho el legado, era válida y eficaz, y había sido infringida por el legatario después de aceptarla y consentirla”, “que el comprador no había adquirido ningún derecho sobre el inmueble vendido, por hallarse éste inscrito en el Registro y no reconocer la ley validez ni efectos a los actos o contratos contra la misma, ni menos que los particulares puedan tomar por sí lo que en todo caso, deben pedir en forma al Tribunal competente”. Los albaceas, a su vez, contestaron a la demanda señalando “que no eran ya tales albaceas, pues su misión hubo de terminar desde el momento en que partieron el caudal hereditario, y, por lo tanto, cumplido el albaceazgo, la representación de la testadora pasó plenamente al heredero”. Al mismo tiempo también el legatario contestó a la demanda aceptando los hechos de la misma y acompañó un dictamen de derecho, contrario a la validez de la cláusula testamentaria y solicitó al Juzgado dictase sentencia de acuerdo con lo pedido por el actor.

El Juzgado y la Audiencia declararon nula la prohibición y en consecuencia válida la compraventa. Interpuesto recurso de casación por el heredero el Tribunal Supremo no lo estima fundamentalmente en virtud de la inexistencia de causa o finalidad de la prohibición.

La curiosidad de este caso radica, precisamente, en la llamada en garantía del art. 1482 C.c., precepto bastante olvidado en nuestros días, pues en la práctica en los últimos años ha existido lo que podríamos denominar una traslación del sistema de la evicción al sistema de la nulidad. Como hemos visto en algunas sentencias del Tribunal Supremo se llega al caso de impugnaciones de la transmisión dejando para posterior pleito la posible virtualidad del contrato realizado por el vendedor sujeto a prohibición y comprador. Comprador que posteriormente deberá accionar ante los tribunales.

VII. HIPOTECA DE BIENES AFECTOS A PROHIBICIONES DE DISPONER

La facultad de disponer sobre un derecho es un elemento de ese derecho, y por ello, la disposición misma es un acto del ejercicio del derecho. De acuerdo con ello, es disposición la del propietario sobre un

derecho de propiedad, pero también lo es la vinculación de la propiedad a un derecho real limitado a favor de tercero (164).

La prohibición de disponer, como sabemos, supone un cercenamiento de la facultad de disponer. Sin ella el propietario no podrá disponer de su derecho de propiedad, pero tampoco podrá constituir un derecho real limitado a favor de tercero, como es el caso del derecho de hipoteca. En virtud de los arts. 1857 C.c. y 138 LH es requisito esencial del contrato de hipoteca, entre otros, que el sujeto que la constituya tenga la libre disposición de sus bienes. En este sentido es obvio que la prohibición de disponer entraña la de hipotecar (165), paralizando, registralmente, la vida hipotecaria de los inmuebles afectados.

Distinto alcance puede presentar la prohibición de vender, pues en principio su ámbito debe ser menos amplio que el de la general prohibición de disponer. La prohibición de disponer conlleva un cercenamiento total de la facultad de disponer no así la prohibición de vender (166).

Esta distinción se manifiesta claramente en la hipoteca de bienes afectos a prohibición. Es claro que la prohibición de disponer encierra la de hipotecar, y que evidentemente la prohibición de gravar también. Sin embargo, la prohibición de vender ¿entraña la de hipotecar? De acuerdo con el art. 1857.3 del Código civil la persona que constituya la hipoteca debe tener la libre disposición de los bienes. Sin embargo, ¿debemos entender los términos “libre disposición” en toda su extensión?, es decir, ¿el art. 1857.3 C.c. exige la libre disposición total de los bienes?

En esta materia es esencial atender a los términos en los que se haya expresado la prohibición. En principio es una cuestión de interpretación de la disposición testamentaria que contenga la prohibición.

Sí, por ejemplo, el testador prohíbe disponer pero admite, expresamente, gravar, todos estaríamos de acuerdo en que se puede constituir una hipoteca. Teniendo permitido hipotecar, creemos, que el registrador no podría negar la inscripción en virtud de la existencia de una prohibición de disponer. En este sentido debe entenderse la “libre disposición” exigida por el art. 1857.3, como libertad para constituir la prenda o la hipoteca, según se trate.

El problema se plantea, realmente, cuando el testador prohíbe vender, sin mayor aclaración. Aquí, es quizá donde la labor interpretadora debe cumplir toda su función, pues, como sabemos, quien constituye una garantía real sobre sus bienes los está sometiendo potencialmente al riesgo de la eventual enajenación. En estos casos, lo que debe tenerse en cuenta, bajo nuestro punto de vista, es, de una parte, el tiempo de vigencia de la prohibición, y de otra, el momento de cumplimiento de la obligación garantizada, y por tanto en caso de incumplimiento, el de eje-

(164) V. LARENZ, *Derecho civil*, cit. p. 434.

(165) V. por todos ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, cit. p. 737.

(166) Pensemos por ejemplo en la posibilidad de donar.

cución de la hipoteca. Si la duración de la prohibición es menor al tiempo pactado para la ejecución de la hipoteca, pensamos que debe admitirse la constitución de esta garantía (167). En caso contrario creemos que no.

La trayectoria seguida por la Dirección General de los Registros parece encajar en el sentido expuesto en estas líneas. Podría pensarse en un primer momento que el criterio de la Dirección ha variado con el paso de los años, no obstante creemos que no ha sido así.

El criterio de la DGRN se puede comprobar en la RDGR de 20-12-1929. En garantía de una deuda M hipotecó entre otros bienes una finca que le pertenecía por título de herencia de su madre F. en virtud de lo dispuesto por ella en su testamento. Entre otras disposiciones testamentarias F. *prohibió la venta, gravamen o enajenación* de cualquier modo de los bienes que su hija adquiriera, por virtud del propio testamento, durante la vida de su esposo, pudiendo en tal caso, solamente disponer de los mismos por actos de última voluntad a favor de sus propios descendientes, y si sobreviviere a su esposo, tendría la facultad absoluta de disponer tanto por actos inter vivos como de última voluntad; y para el caso de que la repetida hija premuriese a su esposo sin dejar descendencia pasarían los bienes a J. y éste premuerto a su madre F.C., sobrina de la testadora.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, se anotó “Denegada la inscripción por haber prohibido expresamente la causante F. en su testamento a su hija, la hipotecante, vender, gravar y enajenar sus bienes, mientras esta última estuviese casada”.

La Dirección confirma el auto apelado. Entre sus considerandos, en los que recoge los antecedentes históricos de las prohibiciones de disponer, señala que “la prohibición ha sido mencionada en la inscripción del Registro y debe conservar su virtualidad mientras no sea anulada en la forma prescrita por los artículos 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, si el ordenamiento jurídico no impusiera otra solución, como en el caso del núm. 4 del artículo 107 de la misma y situaciones jurídicas de igual naturaleza” (168).

(167) En contra de lo dicho en el texto, podría pensarse en lo dispuesto por el art. 1129 C.c., pero dicho precepto, que en principio parece estar pensado para favorecer al acreedor, en este caso se volvería en contra suya, puesto que si la prohibición está vigente no podría venderse el bien aún por ejecución forzosa.

(168) Vid. también la RDGR de 11 de marzo de 1932. En este supuesto el testador instituye herederos universales a sus dos hijas. La primera adquiriría la mitad indivisa de una casa y los restantes bienes del testador los adquirirían ambas herederas por mitad, imponiéndoles prohibición de enajenar y gravar por actos inter vivos. Asimismo el testador estableció sustitución fideicomisaria para el caso de que sus hijas no tuviesen descendientes. Ambas herederas otorgan una escritura de préstamo con anticresis y seguro de vida.

La Dirección señala que la prohibición de enajenar y gravar por actos inter vivos impuesta por un testador en Cataluña, a sus hijas, con sustitución fideicomisaria recíproca, e inscrita en el Registro impide la inscripción de un préstamo con anticresis y seguro de

La Dirección mantiene el mismo criterio en la RDGR de 23-6-1936, si bien en un caso en que la prohibición se impuso reforzando una sustitución fideicomisaria y en un supuesto en el que anteriormente se había admitido la inscripción de la hipoteca, curiosamente, y por tanto lo que se discutió era el título del adquirente, posterior a la ejecución de la misma. Los hechos fueron los siguientes: J. dueño, según el Registro de la mitad indivisa de una casa adquirida a título de legado con la prohibición de vender, por haber dispuesto el testador que a la muerte del legatario había de pasar el legado a sus hijos, la hipotecó junto con la otra mitad en garantía de un préstamo. Se inscribió la hipoteca haciendo constar que E. hijo de J. dispensaba a este último de las limitaciones expresadas y le autorizaba a hipotecar. A instancia del acreedor se siguió procedimiento ejecutivo ordinario para el cobro del crédito. Presentada la escritura en el Registro, el registrador anotó “inscrito el precedente en cuanto a la mitad de la finca” y “no admitida la inscripción respecto a la otra mitad por falta de capacidad legal para disponer de la misma J. puesto que la adquirió a título de legado de su tío C. quien le impuso en su testamento la prohibición de venderla obligándole a conservarla para sus hijos con cuya condición aceptó dicho legado, y no siendo subsanable este defecto, no procede la anotación preventiva”.

Entre sus considerandos, la Dirección señala: “que la LH tiende siempre a amparar al titular inscrito, y tratándose del derecho de hipoteca, la inscripción que es de evidente valor constitutivo, debe mantenerse en todas sus consecuencias, porque fundada en la cualidad enajenable de la cosa o derecho sobre que se impone el gravamen, de admitir circunstancias no tenidas en cuenta al extender la inscripción hipotecaria, se podría llegar a la implícita declaración de nulidad de asientos practicados en los libros del Registro que están bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia”; “que ante la prohibición de vender impuesta por testamento al hipotecante J., respecto a la mitad indivisa de la finca hipotecada, sin entrar en el examen de la discutida doctrina del valor jurídico de las prohibiciones de enajenar, en relación con los efectos reales u obligaciones que puedan producir, es indudable que deben circunscribirse, en el caso de colisión de derechos causada por el ejercicio de la acción hipotecaria, a dejar a salvo los intereses de los posibles perjudicados por la eficacia de la transmisión”; “que robustecida la posición del adquirente por la dispensa y conformidad prestadas por E. a su padre en las escrituras de constitución de la hipoteca y de adjudicación, podrá en su día quedar sin efecto la sanción, por la inexistencia de otros interesados y consolidarse la adquisición provocada por la ejecución de la hipoteca”. Esta Dirección revocando en parte el auto ape-

vida sobre bienes de la herencia; no siendo de aplicar al caso, por constar la finalidad perseguida por el estatuyente, la teoría de los nudos pactos o preceptos del Derecho Romano”.

lado, ha acordado declarar inscribible la escritura de 24 de agosto de 1933 en cuanto a la mitad indivisa de la finca cuya inscripción ha sido denegada por el Registrador; debiendo hacerse constar en la inscripción que quedan a salvo los derechos de los posibles favorecidos con la limitación impuesta en el testamento.

Distinto supuesto fue el abordado por la Dirección en su Resolución de 18-4-1952. El único problema que se planteó en el recurso fue el de resolver si podía inscribirse en el Registro de la Propiedad una escritura de hipoteca constituida sobre determinadas fincas afectas a la prohibición temporal de venderlas.

Entre sus Considerandos la Dirección General señaló: “que según los antecedentes aportados al recurso, la causante M. legó a su sobrino el dominio de una finca y nuda propiedad de otras tres, sitas en Lorca, con la condición de no poderlas vender durante un plazo de cuarenta años, contados desde el fallecimiento de aquella, que ocurrió el 13 de marzo de 1924, y durante el citado término las fincas estarían sujetas al pago de una pensión anual de veinticinco pesetas, la primera, y de cincuenta, las otras tres, que deberían satisfacerse a las Hermanas de la Caridad de dicha ciudad”; “que las prohibiciones de disponer a que se refieren los arts. 785.2 del C.c. y 26 LH, suelen emplearse con frecuencia por los testadores para asegurar disposiciones modales y con diversas finalidades, pero son miradas con prevención por la doctrina, y aunque algunos autores vean en ellas un medio para cumplir la función social de la propiedad, en cuanto suponen limitaciones del dominio, debe restringirse su alcance conforme tiene declarado la jurisprudencia de este Centro Directivo”; “que la palabra vender utilizada para formular la prohibición debe entenderse conforme al art. 675 C.c. 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* 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 en que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante”; “que, conforme a los arts. 1857.3 del C.c. y 138 LH, sólo pueden constituir hipoteca voluntaria quienes tengan la libre disposición de sus bienes, y si bien tales preceptos han sido analizados por autorizados comentaristas en un doble sentido subjetivo y objetivo, comprensivo tanto de la capacidad necesaria para hipotecar como de la ausencia de prohibiciones de disponer, no deben confundirse la capacidad, fundada en la aptitud psíquica de la persona, con las limitaciones indicadas del poder patrimonial, por lo que cabría deslindar la capacidad del deudor hipotecario de su poder de disposición afectado por habersele prohibido durante un plazo la venta de los inmuebles”, “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 vi-

gencia 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 art. 146 de la Ley en caso alguno”.

El mismo criterio se mantiene por la Dirección General en su RDGR de 18-1-1963. Se planteó la cuestión en torno a si podía inscribirse en el Registro de la Propiedad una escritura de préstamo con garantía hipotecaria que recaía sobre una finca que aparecía gravada con la obligación de no poderla enajenar los herederos durante un plazo de diez años, en virtud de lo ordenado por la causante en su testamento.

La Dirección General que confirmó el Auto apelado consideró : “que las prohibiciones de enajenar, por las que se limita la libre disposición de los bienes, son tratadas con disfavor por las disposiciones legales, en cuanto que si en algunas ocasiones aparecen justificadas para el logro de ciertos fines lícitos, al sustraer a la circulación los inmuebles afectados, los hace poco aptos para el crédito territorial y crea de otra parte situaciones confusas, y por eso el art. 26 LH., en su par. 3.ª, establece que se harán constar en el Registro de la Propiedad sólo las impuestas en testamento y demás actos a título gratuito, siempre que la legislación vigente reconozca su validez”, “que el art. 117 de la Comp. Cataluña, concorde en este aspecto con el derecho común, regula las prohibiciones de disponer con un carácter restrictivo —por implicar un cercenamiento de la facultad dispositiva de los bienes, salvo que sea otra la voluntad del testador—, según se expresa el último párrafo de dicho precepto, y por ello sólo serán eficaces si tienen un carácter temporal, responden a una razón lícita y no traspasan los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria, pues en caso contrario constituyen tan sólo una mera recomendación”; “que si bien dentro del concepto de venta no se comprende el de constitución de hipoteca, toda vez que conforme declaró la RDGR 18-abril-1952, en este último derecho, el *ius distrahendí* 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 concluido las anteriores condiciones, existe un obstáculo registral que impide su inscripción”.

Como se puede observar, la Dirección entiende que acreedor y deudor podrán pactar la posible ejecución de la hipoteca con posterioridad al término de vigencia de la prohibición de disponer. Cumplido lo anterior la Dirección admite la inscripción de la hipoteca.

En rigor, las prohibiciones de disponer eficaces, una vez inscritas,

producen el efecto general de impedir el acceso al Registro de los actos de disposición afectados por tal prohibición (169). Y si, como vimos, disposición es la del propietario sobre su derecho de propiedad, pero también lo es la vinculación de la propiedad a un derecho real, cual es la hipoteca, este acto dispositivo no podría ser inscrito. No obstante también es cierto que la razón de este impedimento es, precisamente, que la constitución de una hipoteca puede naturalmente conducir a la venta por ejecución de la hipoteca. Ante una prohibición de vender, si ello es imposible, porque la ejecución pueda tener lugar transcurrido el plazo establecido a la prohibición, deja de existir la razón que motivaba el cierre registral.

VIII. EMBARGO DE BIENES AFECTOS A PROHIBICIONES DE DISPONER

En virtud del art. 1911 C.c., la responsabilidad universal recae tanto sobre los bienes presentes como sobre los bienes futuros. La verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para hacer frente a sus obligaciones. Un deudor solvente es un deudor responsable (170).

El problema que nos planteamos es la eficacia que puede tener una prohibición de disponer frente a los acreedores del titular del derecho real afectado por ella cuando, para el cobro en vía forzosa o judicial de sus créditos, instan el embargo y enajenación del bien sobre el que recae.

Entre nuestros autores venía sosteniéndose la inembargabilidad de los bienes afectos a prohibiciones de disponer eficaces. En este sentido señala Roca Sastre (171) que “la prohibición de disponer adultera o desnaturaliza el dominio o derecho real y provoca una situación anormal, porque entorpece el comercio jurídico separando del torrente circulatorio bienes cuya característica es su enajenabilidad, y registralmente paralizan la vida hipotecaria de los inmuebles afectados, originando situaciones jurídicas ambiguas al hacer inembargables los bienes sujetos a la prohibición, volviéndose inútiles para el crédito territorial”. Otros autores como Díez Picazo y Gullón sostienen que “desde un punto de vista sustantivo, la solución justa es admitir la posibilidad del embargo y su constancia registral, pero no la ejecución subsiguiente hasta que hubiese desaparecido la prohibición” (172).

Dos cuestiones se vienen enfrentando en esta materia. Por una parte, la posibilidad de que admitiendo la anotación de embargo fácilmente podrían eludirse y quedar burladas las prohibiciones de disponer en

(169) V. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, cit. p. 737.

(170) V. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, cit. p. 388-389.

(171) *Derecho Hipotecario II*, cit., p. 716.

(172) V. *Sistema III*, cit. p. 63.

virtud de procedimientos simulados o convenidos entre las partes. De otra, la posible privación de responsabilidad de los bienes sujetos a prohibición. A ellas se ha hecho constante alusión por nuestra doctrina así como por la Dirección General.

El criterio de la DGRN ha ido evolucionando pues en un principio no admitía este tipo de anotaciones, mientras que la última Resolución que tenemos en esta materia, como veremos, entiende que la limitación temporal de la facultad de disponer sobre bienes determinados no es incompatible con la posible ejecución forzosa sobre ellos por deudas de su titular. No obstante tenemos que señalar que dicho cambio no ha sido radical, sino que el criterio de la Dirección ha ido variando paulatinamente.

Es demostrativa del criterio inicial de la Dirección la RDGR de 21-4-1949. El problema planteado en este expediente se limitó a resolver si la escritura de compraventa del derecho de usufructo vitalicio del “Cortijo de San Antonio”, otorgada el 2 de julio de 1946 por el juez..., en nombre y rebeldía de A., puede inscribirse o no en el Registro de la propiedad, por tener el usufructuario su derecho inscrito como legatario, con sustitución y prohibición de enajenar y disponer.

Entre sus considerandos la Dirección señaló: “que bien supongan las prohibiciones de disponer una alteración interna del derecho, una falta de capacidad o una limitación a la facultad de disponer de la finca, en cuanto entrañan una restricción sancionada por la ley al ejercicio de un derecho subjetivo, han gozado de escasa simpatía en las modernas leyes civiles, por lo cual los Tribunales solamente admiten su validez cuando sean temporales y estén justificadas por una finalidad seria y legítima, sancionando los actos realizados en contra de las mismas con la simple nulidad y excepcionalmente con la resolución del derecho del favorecido”; “que en cuanto a la venta del derecho efectuada en ejecución de sentencia, que cualquiera que sea el criterio que se sustente sobre el vendedor y sus facultades, bien sea el Estado representado por el órgano jurisdiccional que interviene sin ser titular del derecho real que no le pertenece, bien el Juez actúe como órgano de disposición ex ministerio legis, o bien se trate de una expropiación de la facultad dispositiva que priva al dueño de usar de ella, en oposición a las exigencias del interés general, siempre se advierte que si la enajenación judicial no constituye infracción voluntaria de la prohibición de enajenar y, en tal sentido, nada debiera oponerse al pleno desarrollo de sus efectos jurídicos, obligacionales y reales, 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”; “que frente a nuestra legislación civil, que apenas desenvuelve las prohibiciones de enajenar, el art. 26 LH en vigor preceptúa que las impuestas por el testador serán inscribibles siempre que la legislación reconozca su validez, con lo que, admitida su eficacia, la finalidad pretendida por la testadora en el caso del recurso, que aspiraba a que la finca se disfrutase por personas unidas

por lazos de parentesco con los nudos propietarios y a precaver a su hijo del peligro de dilapidaciones, fácilmente podría 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 según reconoció la R. 30-12-1946"; "Que la norma contenida en el art. 1911 del C.c., conforme al cual el patrimonio del deudor responde de sus obligaciones no basta para atribuir eficacia a la enajenación forzosa mediante la subasta llevada a cabo por la autoridad judicial, toda vez que el usufructo transmitido formaba parte del haber del deudor, con las referidas limitaciones testamentarias"; "por último, que para evitar los peligros apuntados, prestar el debido acatamiento a las normas hipotecarias y respetar la voluntad de la testadora, suprema ley de la sucesión, parece necesario exigir, para que sea inscribible la escritura de compraventa, otorgada en rebeldía del deudor, cuyo derecho consta inscrito en el Registro, sujeto a la prohibición de enajenar, en asiento que se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, que previamente se declaren por éstos cual sea el alcance y preferencia de la discutida prohibición y si la enajenación forzosa da lugar a la extinción del derecho del usufructuario, y consiguientemente surte efectos la sustitución".

El Centro Directivo sigue manteniendo el mismo criterio en la RDGR de 5-9-1974. La cuestión a dilucidar por la Dirección General se centró en si era o no inscribible un testimonio judicial dictado por la Audiencia Territorial de Valencia por el que se adjudicaron al Estado dos inmuebles pertenecientes al procesado, cuando de los asientos del Registro parecía que éste último tenía limitada su facultad dispositiva al no poder enajenar las mencionadas fincas que habían de hacer tránsito a su fallecimiento a la persona o personas instituidas por el causante en su testamento.

La Dirección General confirmó el Auto apelado y la Nota del Registrador. Entre sus considerandos señala: "que el art. 26 de la LH. permite que tengan acceso al Registro las prohibiciones de enajenar impuestas por el testador en acto de última voluntad, siempre que la legislación vigente reconozca su validez, lo que sucede en el presente caso, en que la limitación se encuentra fundada en el art. 781 del C.c., y al estar este asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales —art. 1 LH—, produce todos sus efectos, y en consecuencia obstaculiza el ingreso del documento calificado, hasta tanto desaparezca la prohibición o se declare en su caso su invalidez"; "que lo anterior no se opone al principio general de responsabilidad patrimonial universal establecido en el art. 1911 del C.c. según el cual el deudor responde con todos sus bienes de las obligaciones que haya contraído, que ha de ser respetado, pero ello no obsta para que al atribuir el dominio pleno de ambas fincas al Estado en virtud de las subastas realizadas se hayan traspasado los límites del derecho subjetivo del obligado, así como de su poder de disposición

con olvido de los posibles derechos que terceras personas ostentan sobre los referidos inmuebles; y por último “que 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 terceras personas 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”.

Hasta aquí el criterio mantenido por la Dirección en ambas resoluciones es la inembargabilidad de los bienes afectos a prohibiciones de disponer. Sin embargo, dicho criterio empieza a cambiar con la RDGR de 23-10-1980 en la que admite la anotación preventiva de embargo. Como consecuencia de un proceso ejecutivo iniciado contra A., se ordena por el Juzgado de Primera Instancia la expedición de mandamiento de embargo dirigida al Registro de la Propiedad sobre una finca urbana propiedad del deudor. El Registrador califica con la siguiente nota: “No practicada la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, por el defecto insubsanable de figurar inscrita la finca embargada con prohibición de enajenarla ni gravarla durante la vida de la donante A sin su consentimiento, y reservada a favor de dicha donante la facultad de vender la finca en caso de necesidad... pareciendo además el usufructo vitalicio de dicho inmueble a favor de M” (173).

(173) Se interpuso recurso gubernativo en el que se hizo referencia a las tres cuestiones expuestas. Por razones obvias nos fijaremos únicamente en la relativa a la prohibición de disponer. En el recurso se señala que “en cuanto a la prohibición de enajenar y gravar, el art. 26 LH permite el acceso al Registro de estas prohibiciones en los casos que contempla, entre ellos cuando se establece por voluntad del donante del bien que se trata, sin que esta prohibición de disponer suponga falta de capacidad jurídica del afectado sino tan sólo un veto al desenvolvimiento de las facultades que normalmente comporta el derecho de propiedad; que estas prohibiciones pueden encuadrarse dentro de los pactos, cláusulas y condiciones que autoriza el art. 1.255 del C.c., debiendo ser interpretadas estrictamente en cuanto suponen un entorpecimiento del tráfico jurídico inmobiliario y porque la propiedad, según el art. 348 del mismo Código, ha de presumirse libre; que la prohibición de disponer del bien ha de afectarle al donatario en cuanto recorte su posibilidad de enajenarla voluntariamente sin que en el presente caso esta prohibición de disponer goce de operatividad, ya que el titular no está pretendiendo venderla ni gravarla sino que es uno de sus acreedores quien trata de recuperar su crédito contra el mismo en base a una sentencia judicial firme, por lo que esta prohibición no puede obstar a que un acreedor del dueño afectado por ella trabe y anote en embargo del bien implicado”.

Respecto de esta misma cuestión el Registrador informó “la prohibición de disponer, al estar inscrita en el R. de la P., art. 26.3 L.H., goza de plena eficacia y produce la nulidad de los actos o negocios jurídicos que la contradigan, los actos de disposición hechos por el titular registral sobre la finca en que recae la prohibición de disponer son nulos y el beneficiario de la prohibición ostenta una acción de nulidad contra el acto de disposición y que al estar inscrita la prohibición de disponer se produce el cierre del Registro,

La Dirección General revoca el Auto apelado y la nota del Registrador. Entre sus considerandos señala: “que la prohibición de enajenar válidamente establecida con arreglo al art. 26 LH impide todo acto de disposición sobre el inmueble y como quiera que el embargo está dirigido a procurar la venta del bien embargado hay que concluir que de los asientos registrales surge un obstáculo que parece en principio impedir la anotación solicitada”; “que no obstante lo anterior, es preciso observar que, aunque menguada en la actualidad, puede consolidarse en su momento plenamente la titularidad dominical del deudor, ya que la enajenación del bien se puramente temporal, y si desaparece la causa que lo justifica recobra el inmueble la libertad de poder ser transmitido, ya que tal prohibición en este caso no es más que un complemento de la reserva de la facultad de disponer y sujeta, como esta última, a idéntica condición resolutoria, por lo 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”.

que para que un bien pueda estar embargado debe reunir las siguientes condiciones: 1.º que el bien pertenezca al deudor; 2.º que pueda ser enajenado y 3.º que no exista prohibición de disponer sobre él;... que no son embargables los bienes que por voluntad de los particulares no son enajenables y aparecen inscritos en el R. de la P., ya que el titular de este bien carece de poder de disposición y el embargo conduce a la venta del bien trabajo por el acreedor, venta que aparece prohibida e inscrita en el Registro; que permitir el embargo y prohibir la venta sería un recurso fácil para burlar la prohibición de disponer, pues bastaría que el dueño de la finca adquiriese obligaciones por una norma igual al precio de venta y no las cumpliera para que los bienes fuesen embargados y vendidos; que en el presente recurso existe una colisión de derechos, con falta de regulación específica para su resolución, entre la prohibición de disponer inscrita en el Registro, con eficacia real y que hace nulo cualquier acto de disposición que la contradiga, y una anotación preventiva de embargo cuyo objeto es la afección registral de un bien y que determina que en su caso salga a subasta y se otorgue escritura de venta a favor del comprador, que ante tal situación jurídica la nota de calificación fue denegatoria, puesto que si bien la prohibición de disponer no puede oponerse frente a la expropiación forzosa a aquellos actos de disposición en que exista un interés de utilidad pública o social, si puede oponerse a una anotación preventiva que tiene por misión garantizar obligaciones que han sido contraídas voluntariamente por el titular registral, debiendo tenerse en cuenta que si bien aparece la finca inscrita a nombre de dicho titular y formando parte del patrimonio del deudor, art. 1911 del Código, esta finca forma parte de dicho patrimonio con las limitaciones y condiciones que aparezcan inscritas; que la prohibición de disponer protege una serie de intereses, tanto respecto del donante como del donatario o incluso del usufructuario, que quedarían burlados por la anotación preventiva de embargo y posterior venta de la finca inscrita”.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador basándose en que al servir la anotación preventiva de embargo de elemento constitutivo del acto judicial de traba de embargo, de forma que el Registro actúa en funciones de elemento constitutivo del derecho de garantía resultante, más se puede anotar el embargo de inmueble cuyo titular no puede disponer de él, ni gravarlo, por prohibición que consta explícitamente en el Registro.

Frente a esta línea en la RDGR de 22 de febrero de 1989 (174) la Dirección afirma taxativamente que las prohibiciones voluntarias de disponer no alcanzan a la enajenación por ejecución forzosa, derivada de la responsabilidad patrimonial universal.

Los antecedentes de hecho que dieron lugar a esta resolución fueron los siguientes: EC aceptó con fecha 21-2-1984, una letra de cambio por importe de 13 millones de ptas. con vencimiento el día 20-7-1984, de la que JV era tenedor como librador. Llegado el vencimiento no es hecha efectiva siendo protestada por falta de pago en tiempo y forma. Promovido juicio ejecutivo ante el Juzgado de Primera Instancia y admitida la demanda, dicho Juzgado despachó ejecución contra los bienes de la deudora por las cantidades reclamadas, declarándose en rebeldía. El día 1-10-1984 se dictó sentencia y resultó embargada, anotándose el embargo en el Registro de la Propiedad de Talavera el 1-2-1985, una finca rústica propiedad de la demandada, que la adquirió por herencia de su abuelo en concepto de mejora, imponiendo el testador la condición de que la finca objeto de la misma no podrá ser enajenada en forma alguna, por ningún concepto, por EC hasta el fallecimiento de su hijo F ni aún por este mismo, y si éste falleciere tampoco podrá ser enajenada hasta que la prenombrada nieta cumpla 21 años. Seguido el procedimiento se adjudica la finca en tercera subasta al propio actor. Requerida la deudora para el otorgamiento de la escritura y sin hacerlo, el Juzgado acordó de oficio el otorgamiento de la escritura pública. Presentada la escritura en el Registro, el registrador suspende la inscripción por la citada prohibición de disponer.

Entre sus Fundamentos de Derecho señala la Dirección principalmente “que la seguridad económica del deudor no puede mantenerse a costa de tan considerables quebrantos para la organización jurídica de la colectividad, debiendo restringirse el efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión, pues aún implicando una relativa amortización, contra el principio general de libre tráfico de los bienes, sólo compromete el interés particular del titular sin repercusión directa y apreciable sobre el orden público y sin que quepa estimar la alegación de que con tal interpretación resultan aquellas fácilmente burladas e inoperantes por la vía de simulación de deudas y de las connivencias procesales, pues las normas no deben ser interpretadas desde la exclusiva perspectiva de su eventual incumplimiento (art. 3 C.c.), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (arts. 6 y 7 C.c.), ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras a la consecución de fines particulares (art. 1255 C.c.)”; “que la cláusula ha de entenderse como vinculante o limitativa para el adquirente *mortis cau-*

(174) Vid. el comentario a esta resolución de CAPILLA RONCERO, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 20, pp. 387 y ss.

sa —a quien la cláusula propiamente se dirige— y no como regla que altere las normas de responsabilidad patrimonial, pues ésta es materia excluida de la autonomía de la voluntad”.

Efectivamente, como dice Capilla (175), en el caso contemplado por esta resolución, se trataba de una prohibición de disponer “pura”. Pero el hecho de que sea pura no significa que carezca de causa suficiente. Hemos puesto de manifiesto, en nuestro estudio, que las prohibiciones de disponer suelen acompañar a otro tipo de instituciones y en este sentido las refuerzan. En otras ocasiones las prohibiciones de disponer no acompañan a ninguna institución sino que únicamente el causante o donante cercena el poder dispositivo de su heredero o donatario. Estas son las llamadas prohibiciones de disponer “puras”. Sin embargo, siendo puras pueden responder a una causa razonable o a un interés legítimo o no. Si no responden a dicho interés, si no existe ningún beneficio para nadie, nuestro Ordenamiento no debe protegerlas.

En el supuesto de la resolución que comentamos, parece que existía una prohibición de disponer pura pero no sin causa, pues el beneficiado por ella podía ser el padre de la heredera, en un caso y la propia heredera hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, en otro.

No obstante lo anterior, lo fundamental de esta resolución es precisamente el cambio de línea en el Centro Directivo.

Se considera en esta ocasión que las prohibiciones de disponer no pueden constituir impedimentos absolutos que dejen sin efectos principios elementales como es el de la responsabilidad patrimonial ilimitada establecida en el art. 1911 del C.c.

Este criterio nos parece razonable. Como decíamos anteriormente, la verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para hacer frente a sus obligaciones. Por otra parte, es de todos conocido, que de la responsabilidad por deudas solamente quedan excluidos aquellos bienes que la ley declara especialmente inembargables.

Como dice la Dirección en uno de sus Fundamentos de Derecho: “La responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la ley misma; esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligaría al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito, no sólo la importancia del patrimonio del deudor, sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico”.

Aunque refiriéndose al art. 1807 del C.c., y por tanto a la posible

(175) Ob. cit. p. 396.

inembargabilidad de la renta vitalicia, observa Guilarte (176) “que la voluntad de los interesados, ni aún en los negocios constituidos a título gratuito, resulta eficaz para alterar el régimen de la responsabilidad universal y consecuentemente el de la embargabilidad de los bienes, sino cuando expresamente se le haya atribuido por la ley la facultad de imponer el carácter de inembargable a un bien concreto”.

En nuestro supuesto, nos parece que aunque el Ordenamiento admita la prohibición de disponer, esta admisión no se puede interpretar ampliamente. Y en este sentido, creemos que dicha admisión no debe amparar la responsabilidad limitada de los bienes del deudor.

En otra resolución de la Dirección vimos que una de las causas que se mantenían para la inadmisión de la anotación de embargo era que fácilmente así podrían eludirse y quedar burladas las prohibiciones de disponer en virtud de procedimientos simulados o convenidos entre las partes.

No obstante, para evitar lo anterior existen otros remedios jurídicos que no implican el entorpecimiento del tráfico jurídico en virtud, además, de prohibiciones de disponer que son obviamente materia de interpretación restrictiva.

En este sentido, deberían diferenciarse distintos supuestos: Aquellos actos voluntarios contrarios a la prohibición que evidentemente son nulos en su vertiente traslativa. Y aquellas enajenaciones forzosas que deben ser plenamente válidas, en aras del principio de la responsabilidad patrimonial universal en virtud del art. 1911 de nuestro Código civil. Otra cuestión es que en estas enajenaciones forzosas pueda existir fraude o simulación, para ellas ya disponemos de estas figuras.

Por otra parte, se deben distinguir, como lo hace Capilla (177), las modalidades de ejecución forzosa que se cobijan al abrigo del art. 1911. La línea seguida por la citada resolución debería seguirse en los supuestos de responsabilidad “que nace como consecuencia del incumplimiento de obligaciones afectando potencialmente a todo el patrimonio del deudor, articulada mediante la llamada ejecución dineraria por el equivalente”.

(176) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXII-1, Madrid 1982, comentario al art. 1807, pp. 534 y ss.

(177) *Ob. cit.* p. 396.