

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**15319** *Resolución de 3 de agosto de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Madrid nº 1 a inscribir la transmisión del dominio de un inmueble por escisión total de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don A. A. I., en representación de la sociedad «Construcciones Oategui, S.L.», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Madrid número 1, don Antonio Hueso Gallo, a inscribir la transmisión del dominio de un inmueble por escisión total de la sociedad «Yeregui. S.A., Empresa Constructora».

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada en 1999 se formalizó la escisión total de la sociedad «Yeregui. S.A., Empresa Constructora», que se extingue totalmente sin liquidación y se traspa en bloque la totalidad de su patrimonio a cuatro sociedades ya existentes (entre tales bienes se incluye la finca registral 93.347, que se adquiere por una de esas sociedades, «Construcciones Oategui, S.L.»). Dicha escritura no fue presentada en el Registro de la Propiedad para su inscripción hasta el 8 de marzo de 2011.

##### II

Presentada la escritura de escisión en la fecha indicada en el Registro de la Propiedad número 1 de Madrid, fue suspendida la inscripción solicitada, según calificación de 4 de mayo de 2011, con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

«...Sobre la finca 93.347, existe inscrita y vigente una anotación preventiva de prohibición de disponer, ordenada por el Juzgado de Instrucción número cinco de Marbella, extendida con fecha ocho de junio de dos mil siete, en virtud de mandamiento expedido por dicho Juzgado el veintinueve de mayo de dos mil siete, que causó la anotación C de la propia finca. Artículos 26 de la Ley Hipotecaria y 145 de su Reglamento. Contra la presente (...). Madrid, 4 de mayo de 2011. El Registrador. (Firma ilegible, aparece un sello del Registro con nombre y apellidos del registrador)».

Consta en el expediente las siguientes circunstancias:

a) El 8 de junio de 2007, se practica la anotación preventiva letra C, de prohibición de disponer sobre la finca en cuestión, en virtud de mandamiento expedido por el Juzgado de Instrucción número 5 de Marbella, en las diligencias previas 4706/05, anotación que es la que motiva la calificación negativa objeto de este recurso. En dicho mandamiento se expresa lo siguiente: «Se hace constar expresamente que de conformidad con lo previsto en párrafo final del artículo 20 de la Ley Hipotecaria redactado por la disposición final tercera de la LO 15/2003 de 25 de noviembre existen indicios racionales de que el verdadero titular de los bienes es D J. A. R. contra el que se dirige el procedimiento, aunque conste inscrito a nombre de otras personas».

b) El 6 de marzo de 2009 se practica la anotación preventiva de embargo letra D, en virtud de mandamiento expedido por el Juzgado de Instrucción número 6 de la Audiencia

Nacional en el procedimiento abreviado número 76/01, en garantía o para responder de la cantidad treinta y seis millones noventa y tres doscientos noventa y cuatro euros noventa y cuatro céntimos.

c) Por último, el 12 de marzo de 2010, se practica la anotación preventiva de embargo letra E, en virtud de mandamiento expedido por el Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional en el procedimiento abreviado número 100/2003 A, para responder solidariamente de veintidós millones doscientos treinta y siete mil euros con cuarenta y cinco céntimos, cuarenta y un millones ochocientos dieciocho mil setecientos veintitrés euros con sesenta y nueve céntimos y ochocientos cuarenta y nueve mil ochenta y un euros con siete céntimos.

### III

Don A. A. I., en representación de la sociedad «Construcciones Oategui, S.L.», interpuso, el 3 de junio de 2011, recurso contra la anterior calificación, alegando en síntesis lo siguiente:

En relación con los actos dispositivo realizados antes de la práctica de la anotación preventiva pero presentados a inscripción después de aquélla, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que la prohibición de disponer no excluye la validez de los actos dispositivo realizados con anterioridad al asiento de prohibición de disponer, pues tales actos dispositivo tiene validez civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1943 y Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1912).

Consecuentemente, y desde la óptica registral, la anotación preventiva no es un obstáculo para la inscripción o anotación de tales actos dispositivo anteriores (es decir, no opera la eficacia excluyente del principio de prioridad respecto de los mismos), sin perjuicio de que su inscripción no comporte la cancelación de oficio de la anotación preventiva de la prohibición de disponer, cancelación que deberá ser solicitada y sólo podrá ser acordada por el juez al que corresponda la cancelación del asiento conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley Hipotecaria.

Este, criterio se consagró normativamente en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario, según redacción dada por la reforma de 1947: Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar, comprendidas en el número 2 del artículo 26 y número 4 del artículo 42 de la Ley, impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivo que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación.

La conclusión es que siguiendo el texto del artículo 145 del Reglamento Hipotecario pueden distinguirse los tres siguientes supuestos:

a) Actos dispositivo posteriores a la práctica de la anotación preventiva: imposibilidad de acceso al Registro; no tanto por la eficacia excluyente o de cierre de la prioridad registral –artículo 17 de la Ley Hipotecaria– como por el principio de legalidad, al tratarse de un negocio invalidado por falta de legitimación dispositiva.

b) Actos dispositivo que se basen en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de anotación –tanto si tales actos dispositivo son anteriores como si son posteriores a la anotación–: estos actos, precisamente por aplicación del principio de prioridad junto con el de tracto sucesivo sí deben inscribirse. Se trata de actos traslativos derivados, por ejemplo, de una inscripción de hipoteca, un retracto convencional, una opción de compra o una anotación preventiva de embargo.

c) Actos dispositivo que, realizados por el titular afectado por la anotación, son anteriores a la prohibición de disponer pero se presentan estando vigente ésta: son

inscribibles pues no opera la eficacia excluyente del principio de prioridad respecto de los mismos, sin perjuicio de que su inscripción no comporte la cancelación de oficio de la anotación preventiva de la prohibición de disponer.

Esta es la conclusión de la doctrina establecida mediante Resolución de 8 de julio de 2010 (que se transcribe).

#### IV

El registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 17, 18, 19 bis, 20, 26.2, 42.4, 71 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 145 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1912, 7 de febrero de 1942, y 22 de marzo de 1943; y las Resoluciones de esta Dirección General de 27 y 30 de septiembre de 1926, 7 de enero de 1928, 8 de mayo de 1943, 31 de marzo de 1950, 22 de octubre de 1952, 7 de febrero de 1959, 22 de octubre y 2 de diciembre de 1998, 28 de julio de 1999, 23 de octubre de 2001, 23 de junio de 2003, 2 de enero, 7 y 18 de marzo, 27 de abril y 16 de junio de 2005, 3 de abril y 28 de junio de 2006, 11 de mayo y 18 de octubre de 2007, 28 de noviembre de 2008, 3 de junio de 2009 y 8 de julio de 2010.

1. En el supuesto del presente recurso el registrador de la Propiedad suspende la inscripción de la transmisión dominical sobre un inmueble motivada por la escisión total de una sociedad de responsabilidad limitada, mediante escritura otorgada en el año 1999, porque al presentarse ésta en el Registro de la Propiedad en el año 2011 consta previamente practicada –en el año 2007– una anotación preventiva de prohibición de disponer decretada por la Autoridad Judicial, en procedimiento de carácter penal, como medida cautelar.

2. La cuestión planteada debe resolverse según el criterio sentado por este Centro Directivo en Resolución de 8 de julio de 2010.

Conforme al artículo 26.2.<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria, las prohibiciones de disponer o enajenar que tengan su origen inmediato en alguna resolución judicial o administrativa «serán objeto de anotación preventiva», previsión que enlaza con la norma del artículo 42.4 de la misma Ley al disponer que podrá pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro «el que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera con arreglo a las Leyes, providencia... prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles», si bien estas últimas son sólo las anotaciones más comunes, pero no las únicas o exclusivas que pueden practicarse al amparo del citado artículo 26.2.<sup>a</sup>, posibilidad que se extiende a las que tengan su origen en resoluciones administrativas, en los casos en que así esté previsto por una norma especial, y las acordadas en otro tipo de procedimientos, como el juicio ejecutivo, concursal, de división de herencia, etc., así como en procedimientos ajenos a la jurisdicción civil (cfr. v.gr. artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En todo caso, se trata de una medida cautelar que priva, durante el periodo en que se mantenga en vigor, del poder de disposición al demandado respecto de los bienes objeto de la anotación, con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia o resolución que finalmente recaiga en el procedimiento principal, declarativo o ejecutivo, en cuyo ámbito se dicta, y sujeta a los trámites y requisitos fijados por los artículos 730 y siguientes de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en el caso de los acordados en procedimiento civil.

3. En los estudios realizados sobre estas anotaciones, ya desde antiguo, tanto por la doctrina de los comentaristas como por la jurisprudencia, se planteó la cuestión de la determinación concreta de sus efectos, particularmente en relación con aquellos actos dispositivos que fueron otorgados antes de que se ordenara la prohibición de disponer pero que se presentaron a Registro después de practicada la anotación. Y es que, si bien

se trata de actos que desde el punto de vista sustantivo o civil pueden considerarse válidos o eficaces, su acceso al Registro podría cuestionarse por las dificultades de su adaptación a los principios registrales de nuestro sistema, básicamente con el principio de prioridad, dada la falta de claridad de las normas aplicables a esta materia.

Así, por un lado, el citado artículo 26 de la Ley Hipotecaria nada dispone al respecto, dado que sus tres reglas, en contra de lo que parece anunciar su párrafo primero, se limitan a determinar la forma en que las prohibiciones han de hacerse constar en el Registro, sin indicar los efectos concretos que se le hayan de atribuir.

Por otro lado, el artículo 44 de la Ley Hipotecaria dispone que «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1923 del Código civil». El artículo 1923 fija la preferencia sólo en cuanto a créditos posteriores, lo que ha permitido entender, por vía de analogía, que las prohibiciones anotadas sólo tienen preferencia frente a títulos posteriores y que, por tanto, no afectan a los actos dispositivos anteriores (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1942). No obstante, esta conclusión no es completamente segura en la medida en que el artículo 1923 del Código Civil se refiere exclusivamente a los créditos anotados en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias y no incluye a los que «demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación hayan obtenido providencia prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley Hipotecaria establece que «inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real». Cierto es que la prohibición de disponer no es, en sentido estricto, un título traslativo o declarativo de dominio o derecho real, pero también que el artículo 17 de la Ley Hipotecaria tiene la virtualidad de configurar un principio hipotecario que, en su vertiente relativa o de preferencia y en relación con las anotaciones preventivas se plasma, con carácter general, en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria. Según este último precepto «los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación», lo cual supone excepcionar en este ámbito la eficacia absoluta o de cierre del citado principio de prioridad y confirmar su eficacia relativa o de atribución de preferencia o prelación de rango.

Ahora bien, en oposición a la regulación contenida en el transcrito artículo 71 de la Ley, tanto los autores como la jurisprudencia y la doctrina de este Centro Directivo pusieron de manifiesto la especialidad que, frente a tal regla, y por razón de su naturaleza y finalidad, representaban las anotaciones de prohibición de disponer. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1942, recogiendo y haciendo propias tales opiniones, declara que «es de buen sentido jurídico –aparte de otras notas diferenciales entre las tres clases de anotaciones– que la que prohíbe la enajenación tenga la finalidad específica de impedir o suspender temporalmente el ejercicio del «ius disponendi» –no constitutivo técnicamente de verdadera incapacidad–, ya que resultaría paradójico que pudiera vender válidamente un inmueble quien tiene prohibición judicial de enajenarlo. Considerando que esta finalidad específica de la prohibición de enajenar no es sólo de buen sentido jurídico, en plan de interpretación lógica del artículo 42, número 4.º, de la Ley Hipotecaria, sino que además está reconocida por otras fuentes de conocimiento, como la doctrina científica muy nutrida y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 7 de marzo de 1893, 7 de junio de 1920, 19 de julio de 1922 y 27 y 30 de septiembre de 1926, entre otras, proclamando sin vacilación que el asiento prohibitivo provoca la nulidad de los actos y contratos realizados en su contradicción mientras esté vigente, sin que por lo tanto puedan tener acceso al Registro». Esta doctrina científica y legal se basa, pues, en la sustracción que del ejercicio de las facultades dispositivas del titular contra el que se dicta la medida cautelar opera ésta, con la lógica

derivación de la invalidez civil de los actos dispositivos o enajenaciones realizadas durante la vigencia de la misma. La consecuencia lógica de ello era el cierre temporal del Registro, no tanto como un efecto de prioridad registral puramente formal, cuanto por aplicación del principio de legalidad que impide el acceso al Registro de los actos y negocios inválidos.

4. Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya antes de la reforma del Reglamento Hipotecario operada por el Decreto de 14 de febrero de 1947, sostuvieron la validez civil de los actos dispositivos otorgados con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva de prohibición de disponer, aunque presentados después. Así lo afirma la Sentencia de 2 de marzo de 1943 cuando dice que «es patente que una prohibición de enajenar que lleva fecha 18 de julio de 1932 no puede acreditar que el 5 de mayo del mismo año estuviera el señor F. privado del derecho de transmitir los bienes que entonces vendió a los actores en uso de sus facultades dominicales que no estaban limitadas por anotación ni declaración alguna y, por otra parte, como quiera que don José F. en la expresada fecha de 5 de mayo tenía inscrito en el Registro su derecho de propietario adquirido sin reserva alguna por escritura pública, hay que reconocerle en observancia del artículo 41 de la Ley Hipotecaria todos los derechos consignados en el libro segundo del Código civil a favor del propietario y del poseedor de buena fe sin excluir el de libre disposición de los bienes a su nombre inscritos a virtud del contrato celebrado por escritura pública... sin que sea obstáculo la prohibición de enajenar anotada preventivamente, pues como tiene declarado esta Sala en 21 de febrero de 1912 las anotaciones preventivas no lesionan los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada». Esta línea interpretativa de la jurisprudencia, en paralelo a la anterior, deja claramente sentada la idea de que, la prohibición de disponer no excluye la validez de los actos dispositivos realizados con anterioridad al asiento de prohibición de disponer.

5. Sobre estos precedentes doctrinales y jurisprudenciales se produce la reforma del Reglamento Hipotecario de 1947 por medio de la cual se produjo la incorporación de un nuevo artículo 145 –que todavía hoy conserva su originario tenor literal al no haber sido afectado por ninguna de las reformas reglamentarias posteriores–, y cuya finalidad, era precisamente la de aclarar los efectos derivados de esta modalidad de anotaciones llevando al ámbito normativo las conclusiones alcanzadas por la jurisprudencia antes reseñada, como hizo también en muchas otras materias, conforme al propósito explicitado en el preámbulo del Decreto de 14 de febrero de 1947 que aprobó la reforma. Dispone el mencionado precepto lo siguiente: «Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar, comprendidas en el número 2 del artículo 26 y número 4 del artículo 42 de la Ley, impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación».

De este precepto se deriva una primera constatación: resulta claro que el efecto primordial, conectado con la propia naturaleza de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer, es el de impedir la inscripción o anotación de los actos dispositivos realizados por el titular con posterioridad a la anotación. Este efecto, inexcusable para que la anotación resulte eficaz, implica un cierre temporal del Registro por exigencias derivadas del procedimiento judicial –o administrativo– en que se ha acordado, como así lo había declarado ya reiteradamente este Centro Directivo antes de la reforma (cfr. Resoluciones de 27 y 28 de septiembre de 1926, 7 de enero de 1928, 30 de enero de 1931 y 8 de mayo de 1943). Pero esta primera constatación no es suficiente para resolver la cuestión que plantea el presente expediente, pues para ello es necesario precisar si tal cierre es absoluto o relativo, es decir, si cierra el acceso registral a todo asiento posterior a la fecha de la anotación cualquiera que sea el título que lo produzca, o solamente lo cierra a los asientos que sean producidos por actos dispositivos del titular realizados con posterioridad a la anotación.

Sobre esta cuestión la doctrina científica y la de este Centro Directivo habían tendido, no sin vacilaciones, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada, a una interpretación que no extendía el efecto impediendo de la inscripción derivado de la anotación de prohibición de disponer a los actos anteriores a la propia anotación, si bien no sin alguna excepción, impuesta por las particularidades del caso concreto resuelto. En este sentido cabe reseñar, entre las excepciones a la referida doctrina dominante, la representada por la Resolución de 8 de mayo de 1943. Esta Resolución concedió virtualidad a la anotación para impedir la inscripción de una enajenación realizada en escritura de fecha anterior a la de la anotación. Pero, como fue señalado con acierto por la doctrina de la época, el caso concreto resuelto presentaba una particularidad que, al menos en parte, puede explicar la singularidad de esta Resolución, pues la enajenación cuestionada la realizaba un albacea y la anotación había sido decretada en juicio instado por los herederos precisamente para la remoción de tal albacea.

Pero, en todo caso, se trata de una Resolución anterior a la reforma del Reglamento de 1947, que introdujo el transcrito artículo 145, precepto que, como se ha indicado, a pesar de que estaba llamado a arrojar luz sobre el asunto que ahora ocupa, sin embargo ha sido objeto de interpretaciones antitéticas. Así para una parte de la doctrina, resulta con suficiente claridad de una interpretación «a sensu contrario» del propio artículo 145, en cuanto impide el acceso registral a los actos dispositivos posteriores, pero no impide los realizados con anterioridad, y puesto que esto se daba por sobreentendido, el precepto reglamentario sólo añadió la norma que salva del cierre a los actos dispositivos derivados o que se apoyen en asientos registrales anteriores a la anotación. Además, en caso de que se optase por la solución contraria, esto es, por el cierre del Registro también para los actos anteriores, se resentiría el principio de concordancia del Registro con la realidad jurídica extrarregistral, pues provocaría una discordancia entre aquél y ésta, efecto que tan sólo podría eludirse mediante el levantamiento de la medida cautelar, dejándola ineficaz frente a posibles eventualidades futuras que pudieran acaecer durante la sustanciación del procedimiento, como la de la anulación del título o la readquisición de la finca o derecho por parte del demandado en el procedimiento principal. Por ello, esta interpretación provoca un conflicto de intereses en que la satisfacción de uno requiere el sacrificio pleno del otro: o se mantiene la anotación (con exclusión del Registro de una titularidad civilmente válida), o se cancela la anotación (con anulación de sus efectos potenciales en caso de readquisición por el demandado).

Sin embargo, para otra parte de la doctrina, el artículo 145 del Reglamento Hipotecario concreta el principio de prioridad respecto de la anotación de prohibición de disponer, diferenciando distintos tipos de actos: a) actos dispositivos que, respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiera realizado con posterioridad a ésta su titular. Se predica respecto de ellos la imposibilidad de acceso al Registro; b) actos dispositivos que se basen en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de la anotación –tanto si tales actos dispositivos son anteriores como si son posteriores a la anotación–. Estos actos, precisamente por aplicación del principio de prioridad junto con el de tracto sucesivo, sí deben inscribirse; y c) actos dispositivos anteriores a la prohibición de disponer que se presenten vigente ésta, los cuales, precisamente por ser obviados en el precepto, considera esta parte de la doctrina, deben regirse por la regla general del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, no siendo aplicable el régimen del artículo 71 de la misma Ley, por lo que no podrían acceder al Registro.

6. Pues bien, a fin de resolver esta polémica interpretativa, resulta conveniente subrayar que la eficacia propia de esta modalidad de anotación de prohibición de disponer representa una excepción patente a la regla general contenida en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, según el cual, los bienes o derechos anotados podrán ser enajenados o gravados, aunque sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación, precepto que modaliza en sede de anotaciones, como regla general, la aplicación del principio de prioridad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria en el sentido de que no se aplica este principio en su eficacia absoluta o de cierre registral o exclusión, pero sin enervar por ello su eficacia de prelación o de ordenación del rango registral.

Ahora bien, las características y tipicidad propias de las anotaciones de prohibición de enajenar impide la aplicación a las mismas de la regla general del artículo 71, pues de otro modo decaería por completo la finalidad a que tienden, excepción que con claridad formula para los actos dispositivos posteriores a la anotación el artículo 145 del Reglamento Hipotecario. Constituye éste, pues, una excepción a la norma general en materia de anotaciones que la confirma para los casos no incluidos en la excepción con arreglo al clásico apotegma «exceptio confirmat regulam in casibus no exceptis», siendo así que en la excepción fijada por el artículo 145 del texto reglamentario no está comprendido el caso de los actos dispositivos anteriores a la anotación, que, como excepción de la excepción, revierten a la regla general de disponibilidad o alienabilidad de los bienes y derechos anotados del artículo 71 de la Ley. Es decir, que siendo la regla general la de que los bienes y derechos anotados pueden ser enajenados o gravados, y no estando los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación preventiva de prohibición de enajenar comprendida en la excepción, los mismos quedan amparados y comprendidos en el ámbito de la regla general. Esta situación puede, a su vez, estar sujeta a algún régimen de excepción, como sucedió hasta la reciente reforma concursal, aprobada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en el caso de las anotaciones de prohibición de enajenar decretadas en juicios de quiebra, en cuyo caso su potencialidad para cerrar el Registro era mucho más efectiva que en los demás supuestos, dado que, como ya dijera la antigua Resolución de 7 de junio de 1920, se producía el cierre del Registro para los actos del quebrado, posteriores no sólo a la declaración de la quiebra, sino al tiempo a que alcance la retroactividad de la misma. Pero, en ausencia de retroacción sustantiva de la prohibición de disponer para el caso concreto, impuesta por el ministerio de alguna norma, que por lo excepcional ha de ser expresa y clara en cuanto al mandato de retroactividad, el cierre registral no alcanza a los actos anteriores a la prohibición.

7. Este planteamiento interpretativo del artículo 145 del Reglamento Hipotecario fue asumido por esta Dirección General (con alguna excepción singular). Así, por ejemplo, en la Resolución de 7 de febrero de 1959, apoyada en los precedentes de las de 27 y 30 de septiembre de 1926, 7 de enero de 1928 –anteriores a la reforma de 1947– y de 31 de marzo de 1950, 22 de octubre de 1952 –ya posteriores a dicha reforma– se afirma que «la anotación de prohibición de enajenar, establecida en los artículos 26 y 42 de la Ley Hipotecaria, tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio y determina para el dueño de los bienes un verdadero cierre de los libros del Registro mientras duran sus efectos, al privar al titular de realizar actos dispositivos, pero no impide, conforme se deduce del artículo 44 de la Ley Hipotecaria, y de reiterada doctrina de este Centro, cristalizada en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario vigente, que puedan tener acceso aquellas transferencias o gravámenes constituidos con anterioridad a la anotación, todo ello sin perjuicio de la facultad que asista a los interesados, conforme a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, para acudir a los Tribunales de Justicia y contender entre sí acerca de validez o nulidad de los títulos».

En definitiva, los efectos de las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar son los de impedir que en el Registro de la Propiedad puedan inscribirse o anotarse actos dispositivos «inter vivos» de la propia finca o derecho objeto de aquella anotación, cuando se han otorgado con posterioridad a tal anotación por su titular, pero sin constituir obstáculo para la inscripción o anotación de tales actos dispositivos cuando éstos se hayan otorgado con anterioridad. Es cierto que la redacción del artículo 145 del Reglamento Hipotecario no incorpora «expressis verbis» la segunda parte de la proposición anterior, lo que ha provocado algunas dudas en su interpretación, pero, como ha señalado parte de la doctrina científica y ha asumido también este Centro Directivo, esta segunda parte (el no cierre del Registro a los actos dispositivos anteriores a la anotación) resulta de una interpretación «a sensu contrario» del propio artículo 145, en cuanto impide el acceso registral de los actos dispositivos posteriores, lo que presupone que no impide los realizados con anterioridad, y puesto que esto se daba por sobreentendido, el precepto reglamentario sólo añadió la norma que salva del cierre a los

actos dispositivos derivados o que se apoyen en asientos registrales anteriores a la anotación (por ejemplo, en una inscripción de hipoteca, de retracto convencional, de opción de compra, o en una anotación preventiva de embargo, etc.). De otro modo carecería de lógica que el artículo 145 del Reglamento se ocupara de fijar la regla del cierre para los casos en que la justificación de tal efecto era más evidente –actos civilmente nulos–, y no para los casos en que falta tal justificación por tratarse de actos civilmente válidos, siendo así que la finalidad declarada del precepto fue la de clarificar los efectos de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer (vid. preámbulo del Decreto de 14 de febrero de 1947).

Más recientemente, las Resoluciones de 7, 8 y 18 de abril de 2005, se pronuncian en el mismo sentido, declarando que «el efecto de cierre registral viene claramente determinado por el tenor del artículo 145 del Reglamento Hipotecario, que lo restringe a los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad a la práctica de la misma anotación; no respecto de los anteriores. Algo, por lo demás, plenamente consecuente con la naturaleza instrumental de la anotación preventiva que despliega sus efectos frente a terceros –no se olvide– como enervante de la fe pública del Registro. Por consiguiente, no teniendo reflejo tabular dicha anotación preventiva (siquiera en el Libro Diario) al tiempo del otorgamiento de la escritura de venta, sino tiempo después, aquella no puede provocar el cierre registral respecto de dicho título, por lo que, en este concreto apartado, la nota de calificación debe de ser revocada».

8. Pero, como se ha indicado, la posición anteriormente expuesta no ha sido unívoca, sino que en algunas ocasiones este Centro Directivo se ha decantado por una tesis distinta. Este fue el caso de la ya citada Resolución de 8 de mayo de 1943, y también de la más reciente de 28 de noviembre de 2008 que, aun reconociendo que, desde un punto de vista sustantivo, la prohibición de disponer no excluye la validez de las enajenaciones que se efectuaron con anterioridad al asiento registral de la prohibición de disponer, sin embargo, consideró que el principio de prioridad a que se refiere el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que impide despachar ningún título de fecha igual o anterior que se oponga o sea incompatible a otro inscrito, es aplicable también a las medidas cautelares adoptadas en procedimientos judiciales o administrativos, aunque sean objeto de anotación y no de inscripción, de forma que la anotación preventiva de prohibición de disponer impediría el acceso al Registro de todo tipo de actos de disposición, sean de fecha anterior o posterior a la anotación. Alguna otra Resolución, como la de 23 de junio de 2003, se queda en una posición indefinida o intermedia al dejar sin «prejuzar sobre el alcance de la anotación de prohibición de disponer inscrita ante un título que cuando se presentó era inscribible... y que ahora se encuentra con otro contradictorio que está bajo la salvaguardia de los Tribunales» (se trataba de un caso en que además de la prohibición de disponer había otra de prohibición de inscribir).

Es cierto que a favor de la tesis citada militan también diversos argumentos. Así, en primer lugar, la propia falta de claridad en la redacción del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que, al no referirse expresamente a los actos dispositivos anteriores –sino sólo a los basados en asientos vigentes anteriores al dominio o derecho real objeto de la anotación–, podría entenderse en el sentido de impedir su inscripción por aplicación del citado principio de prioridad. En segundo lugar, el hecho de que si bien el artículo 44 de la Ley Hipotecaria incluye también las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar entre las que atribuyen a su titular la preferencia para el cobro de su crédito establecida en el artículo 1923 del Código Civil, esto es sólo en cuanto a créditos posteriores, sin embargo se produce la incongruencia de que este último precepto no se refiere expresamente a dichas anotaciones de prohibición. En tercer lugar, la posición doctrinal que defiende la nulidad del acto dispositivo posterior a la prohibición desde que ha sido decretada, aún antes de tomada su anotación preventiva en el Registro. Y, en fin el juego del principio de prioridad, que supone el que la inscripción en nuestro sistema registral, si bien no es constitutiva como regla general, sino declarativa, premia al que acude con rapidez al Registro, por lo que aunque los bienes inmuebles o derechos reales anotados pueden ser enajenados o gravados, ello se admite «sin perjuicio del derecho de la



persona a cuyo favor se haya hecho la anotación» (cfr. artículo 71 de la Ley Hipotecaria). Por último, no ha de olvidarse, como particularidad del concreto caso resuelto por la citada Resolución de 2008, que el mismo afectaba a una prohibición de disponer decretada en expediente administrativo de disciplina urbanística, circunstancia que, a la vista de las circunstancias concretas del supuesto de hecho, puede dar lugar a la apreciación de la concurrencia de un motivo de orden o interés público relevante, determinante del fallo de la Resolución.

9. No obstante, es cierto que, pese a quedar circunscrito el ámbito del principio de prioridad, en su vertiente de cierre o exclusión, a los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, las anotaciones preventivas quedan sometidas al régimen propio del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, que precisamente proscribe o excluye como regla general aquel efecto de cierre absoluto, si bien, por el contrario, no se excluye en su vertiente de prelación u ordenación del rango registral. Ello determina que este Centro Directivo entienda que, en la medida en que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario impide el acceso registral de los actos dispositivos realizados posteriormente (salvo los que traen causa de asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación), ello presupone, «a sensu contrario», que no impide los realizados con anterioridad –conclusión que resulta también, como se ha indicado, de la aplicación de la regla general que para las anotaciones dicta el artículo 71 de la propia Ley Hipotecaria–, sin embargo, por otro lado, se estima que tal inscripción no ha de comportar la cancelación de la propia anotación preventiva de prohibición, sino que ésta se arrastrará.

Esta solución, además, guarda concordancia armónica con otras disposiciones más recientes como la del artículo 40.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que prevé la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, en los casos de concurso necesario, sin que ello impida el acceso registral de los actos realizados por el concursado con anterioridad (cfr. artículos 24 y 43.2), criterio que, por lo tanto, viene a coincidir con el del artículo 145 del Reglamento Hipotecario para los casos de anotaciones preventivas de prohibiciones de disponer. Así lo ha entendido este Centro Directivo en su Resolución de 3 de junio de 2009 en un supuesto en el que se debatía la posibilidad de inscribir una escritura de compraventa autorizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora y presentada en el Registro de la Propiedad cuando dicha declaración concursal ya había sido inscrita, debate que resolvió en sentido afirmativo la referida Resolución argumentando que «el hecho de que, como ocurre en el presente caso, la declaración de concurso de acreedores comporte la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (artículo 40.2 de la Ley Concursal), y se hayan anotado preventivamente en el folio correspondiente a los bienes que hayan de integrarse en el concurso tanto la referida declaración como la suspensión de las facultades de disposición y el nombramiento de los administradores concursales, no significa que dicha anotación impida la inscripción de los actos de enajenación otorgados, con anterioridad a la declaración de concurso, por el deudor –titular registral–. En efecto, la referida anotación preventiva relativa al concurso implica únicamente que «no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley» (artículo 24.4 de la Ley Concursal). Asimismo, se produce el cierre registral respecto de los actos dispositivos que, con posterioridad a la declaración de concurso, realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales (cfr. el artículo 40.7 de la Ley Concursal, que sólo admite la inscripción de tales actos anulables cuando sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme). Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración del concurso, sin necesidad de intervención alguna del Juez del concurso

ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso –cfr. artículo 76 de la Ley Concursal–, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de las acciones de rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (artículo 71 de la Ley Concursal)». Queda claro en cualquier caso que esta admisión de la inscripción del título previo se combina con la idea del arrastre de la carga de la anotación por aplicación del principio de prioridad registral, de modo que será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio y la postulación del levantamiento de la medida cautelar.

10. Si se analiza la cuestión desde la perspectiva de la naturaleza jurídica propia de la medida cautelar en que consiste la anotación preventiva de prohibición de disponer y de las normas procesales que las rigen se llega a la misma conclusión. En efecto, las medidas cautelares constituyen medios jurídico-procesales cuya finalidad es evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, siendo dos de sus principales notas caracterizadoras, según reiterada jurisprudencia, por un lado, su operatividad en cuanto son instrumento del proceso principal declarativo o ejecutivo o de otra índole al que están subordinados; y, por otro, la temporalidad, consecuencia de su carácter instrumental del proceso principal, pues nacen con él para extinguirse una vez desaparezca éste, sin que pueda proyectarse retrospectivamente a un momento previo al inicio del propio proceso principal salvo declaración expresa legal de retroactividad. La nota de la accesoriedad o instrumentalidad respecto del proceso principal se pone de manifiesto en la regla 1.ª del número 1 del artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al imponer un requisito de finalidad, consistente en «ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria», lo que excluye como sujeto pasivo de cualquier medida cautelar a aquellas personas distintas del demandado, ajenas al procedimiento y carentes de legitimación pasiva en el mismo, pues la interdicción de eficacia «ultra partes» de los procedimientos judiciales, y la eficacia subjetivamente limitada de la cosa juzgada material (limitada a las partes del proceso y a sus herederos y causahabientes ex artículo 222 número 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es consecuencia de la propia interdicción de la indefensión, interdicción que se extiende también al ámbito de las medidas cautelares, de forma que no puede pretenderse una eficacia «ultra partes» de la medida cautelar, como sucedería en el caso de que el cierre registral derivado de la prohibición de disponer se proyectase sobre actos dispositivos anteriores, en los que el adquirente resulta ajeno al proceso. La Ley de Enjuiciamiento Civil concibe el incidente de la medida cautelar como una pieza del procedimiento principal, y por ello es contradictorio (aunque pueda adoptarse «inaudita parte», ello exige justificar la urgencia), con posibilidad de oposición del demandado, de exigir caución al demandante, etc. Nada de ello tiene sentido en relación con medidas cautelares que, sin amparo legal, afectan a terceros que no son parte en el procedimiento (así, v.gr. la fianza que se impone al demandante tiene por objeto indemnizar los perjuicios que la medida pueda causar «al patrimonio del demandado» –artículo 728.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, no de un tercero).

Por otra parte, las medidas cautelares tienden a evitar el peligro de la mora porque los litigantes que durante el proceso conservan su capacidad de actuar y libre disposición de sus bienes pueden eludir la virtualidad de la responsabilidad patrimonial universal que es la garantía del cumplimiento de sus obligaciones haciendo ilusorios los derechos reclamados por el actor. En este sentido, las anotaciones preventivas de prohibición de disponer son una garantía adicional a la acción de rescisión que el acreedor puede ejercitar contra el deudor por la realización de actos dispositivos sobre cosas litigiosas sin el conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente (artículo 1291.4.º del Código Civil), y, más en concreto, por las enajenaciones a título oneroso realizadas por el deudor contra el que se hubiese pronunciado sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes (artículo 1297 del Código Civil). Estas prohibiciones anotadas en el Registro tutelan los

intereses del acreedor con eficacia superior a la propia de la acción de rescisión, ya que se desenvuelven en el ámbito de la protección preventiva, al cerrar el Registro a los eventuales actos rescindibles, en tanto que la acción rescisoria actúa «ex post» y con una finalidad meramente reparadora o de restitución, finalidad que sólo se podrá alcanzar en caso de que se cumplan los requisitos del artículo 37 número 4 de la Ley Hipotecaria. Pero, en los supuestos citados, tanto en un caso como en el otro (prohibición y rescisión), ha de tratarse de bienes o derechos que salen del patrimonio del demandado durante la pendencia del procedimiento y no antes.

Además, repárese en que las medidas cautelares enumeradas en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son una enunciación no exhaustiva de las posibles, pues éstas no constituyen un supuesto de «*numerus clausus*». Por ello, junto con las medidas específicas enumeradas en los diez apartados de dicho precepto, hay otras innominadas, sujetas en su admisibilidad exclusivamente al cumplimiento de los requisitos del artículo 726 del mencionado cuerpo legal. Y entre estas, también como supuesto subsumible en el número 6 del artículo 727 (relativo a «*otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución*») pueden incluirse la de la prohibición de inscribir, pues no es lo mismo prohibir disponer que prohibir inscribir, en cuyo último caso es claro que la consecuencia será el del cierre del Registro también para los actos dispositivos anteriores a la anotación. Este fue el caso, por ejemplo, contemplado en la Resolución de 23 de junio de 2003. Y es que del mismo modo que no se puede prohibir un hecho o acto pretérito, tampoco se puede restringir un derecho ya inexistente en el patrimonio de la persona contra la que se dirige la restricción.

11. Tal solución permite compatibilizar todos los intereses en juego, sin lesionar indebidamente ninguno, permitiendo el acceso al Registro del título rezagado, pero, sin cancelación de oficio por el registrador del asiento de la anotación prohibitiva, pues, como se ha indicado, de un lado, la inscripción posterior del título anterior no priva de toda su eficacia potencial a la anotación y, de otro, sólo al juez corresponde acordar la cancelación de tal asiento, conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley Hipotecaria, a la vista de las circunstancias del caso.

12. En consecuencia, el registrador al inscribir el título que documenta el acto dispositivo de fecha anterior a la anotación de prohibición de disponer no deberá cancelar de oficio esta última, sino arrastrar la carga, de forma que por aplicación de lo establecido en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, en cuanto consagra el principio de prioridad también en su variante relativa o de función prelativa y de rango registral –y no sólo absoluta o de cierre–, será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de solicitar el levantamiento de dicha medida cautelar del propio juez o Tribunal que la mandó hacer (cfr. artículo 84 de la Ley Hipotecaria), en los términos previstos por la Ley para el alzamiento de las medidas cautelares (cfr. artículo 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Esta es la solución que acogió también este Centro Directivo en su Resolución de 3 de junio de 2009 en el caso de la venta realizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora y de su anotación en que ambas anotaciones –la de declaración del concurso y de prohibición de disponer– producen un efecto de suspensión o restricción de las facultades de disposición sobre los bienes anotados de su titular. Con ello se logra un equilibrio de los intereses concurrentes que tiende a compatibilizarlos, en la medida en que tal compatibilidad es posible: la titularidad civil válida accede al Registro, y la anotación de prohibición se mantiene salvo que el adquirente obtenga resolución judicial favorable a su levantamiento, lo cual dependerá de la apreciación que realice el juez o Tribunal, en conexión con el principio de tutela judicial efectiva y de la posibilidad o no de la obtención de una eventual sentencia estimatoria en el proceso principal, en función de las concretas circunstancias del caso (cfr. artículo 726.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación registral, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de derecho.

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

Madrid, 3 de agosto de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.