



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO
(DGRN) EN RELACIÓN CON LA
HIPOTECA DE BIENES INMUEBLES CON
RESTRICCIÓN AL PODER DE
DISPOSICIÓN**

Autor: María del Rocío Guerrero de la Fuente

5º E-3 B

Área de Derecho Civil

Tutor: Rosa M.ª de Couto Gálvez

Madrid
Abril 2020

RESUMEN

La hipoteca es un derecho real de realización de valor, lo que implica que, si llegado al término el deudor no paga, puede el acreedor ejecutar la hipoteca y cobrarse con la cantidad realizada. ¿Puede entonces constituirse una hipoteca sobre un bien inmueble afectado por una prohibición de disponer?

En el presente trabajo se realiza un estudio acerca de la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con los efectos de las restricciones del poder de disposición en relación con el derecho real de hipoteca. Para ello, primero se realiza una aproximación al concepto de las restricciones al poder de disposición o prohibiciones de disponer, prestando especial interés a las prohibiciones voluntarias. Después, planteando diferentes escenarios, se analiza en detalle la postura del Centro Directivo.

Palabras clave

Prohibición de disponer, Hipoteca, restricciones, art. 26 LH, DGRN, inscripción, Registro de la Propiedad.

ABSTRACT

The mortgage is a real right of realization of value, which implies that, if the debtor does not pay at the end, the creditor can execute the mortgage and collect the amount realized. Can a mortgage then be constituted on a property affected by a prohibition on disposal?

In the present work a study is made of the position of the General Directorate of Registers and Notaries regarding the effects of restrictions on the power of disposal in the constitution of the right to mortgage. To this end, an approach is first made to the concept of restrictions on the power of disposal or prohibitions on disposal, paying special attention to voluntary prohibitions. Then, by proposing different scenarios, the position of the General Directorate is analyzed in detail.

Keywords

Prohibition to dispose, Mortgage, restrictions, art. 26 LH, DGRN, registration, Land Registry.

ÍNDICE

1. RELACIÓN DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	4
2. INTRODUCCIÓN	5
3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LAS FIGURAS JURÍDICAS AFECTADAS POR EL ESTUDIO, Y A LAS RESTRICCIONES AL PODER DE DISPOSICIÓN.....	6
3.1 Concepto del poder de disposición	6
3.2 Límites al poder de disposición: las prohibiciones de disponer	9
3.2.1 <i>Concepto</i>	9
3.2.2 <i>Naturaleza Jurídica.....</i>	10
3.2.3 <i>Clasificación</i>	12
3.2.4 <i>Requisitos de las prohibiciones de disponer voluntarias para que sean inscribibles</i>	15
3.2.5 <i>Incumplimiento de las prohibiciones de disponer</i>	18
3.2.6 <i>Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer</i>	19
3.2.7 <i>Cancelación de las prohibiciones de disponer inscritas.....</i>	20
4. POSICIÓN DOCTRINAL DEL CENTRO DIRECTIVO EN RELACIÓN CON LOS EFECTOS DE LAS RESTRICCIONES DE LA LIBRE DISPOSICIÓN EN LA HIPOTECA	22
4.1 ¿Una prohibición inscrita de vender, ceder o por cualquier título transmitir, impide la posterior inscripción de una hipoteca?	23
4.2 ¿Puede inscribirse la constitución de una hipoteca si, aunque exista prohibición de vender inscrita, el acreedor y deudor convienen subordinar el ejercicio de la ejecución hipotecaria en caso de incumplimiento de la obligación garantizada hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por el causante?	24
4.3 ¿Puede aplicarse el criterio anterior si se trata de una prohibición de disponer judicial de enajenación?.....	25

4.4	¿Qué ocurre con las prohibiciones de disponer que provienen de la legislación de financiación de viviendas de protección oficial?	27
4.5	¿Afecta una prohibición de disponer no inscrita en el Registro a la constitución de una hipoteca?	29
4.6	¿Afecta de alguna forma una prohibición de disponer posterior a la inscripción de una hipoteca?	30
4.7	¿Cabe la posibilidad de imponer en la escritura de constitución de hipoteca una prohibición de disponer?	32
4.8	¿Cabe la figura de la posposición en cuanto a las prohibiciones de disponer, aunque no se consideren verdaderos derechos reales?	33
4.9	¿Es posible realizar una novación modificativa de un préstamo hipotecario constituido sobre un bien inmueble gravado o anotado con una prohibición de disponer?	35
4.10	¿Se encuentra dentro del ámbito objetivo de la prohibición de disponer un pacto con opción de compra?	37
5.	CONCLUSIONES	39
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	43
6.1	Legislación.....	43
6.2	Obras doctrinales.....	43
6.3	Jurisprudencia	45
6.4	Resoluciones de la DGRN	46

1. RELACIÓN DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.: Artículo

BOE: Boletín Oficial del Estado

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

AP: Audiencia Provincial

Dirección General de los Registros y del Notariado: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Dirección General: Dirección General de los Registros y del Notariado

DGRN: Dirección General

El registrador: El Registrador de la Propiedad

El Registro: El Registro de la Propiedad

Ley Hipotecaria: Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria

LH: Ley Hipotecaria

2. INTRODUCCIÓN

El derecho real de hipoteca es el mecanismo más utilizado en el tráfico jurídico para el acceso a la propiedad, y uno de los más utilizados para el acceso en general al crédito. Es tal su importancia en nuestro ordenamiento que provocó los inicios, creación y evolución de la institución del Registro de la Propiedad, precedido históricamente por los llamados registros de “Contadurías de Hipotecas”. A lo largo de su evolución histórica, el auge del derecho de hipoteca ha incrementado considerablemente y en los últimos lustros ha vivido el momento de mayor expansión.

Por otro lado, las prohibiciones de disponer suponen una restricción del poder de disposición por la que se impide realizar actos dispositivos voluntarios. Existen actos dispositivos que claramente resultan afectados por una prohibición de disponer, como son los actos traslativos por los que el inmueble sale del patrimonio del titular, por ejemplo, la permuta del inmueble o la compraventa. Pero cabe plantearse la duda acerca de los efectos que causan estas prohibiciones sobre el derecho real de hipoteca, pues en el ejercicio de este derecho no se produce la transmisión del bien hasta que se incumpla la obligación garantizada y se proceda a su realización.

De este modo, dada la importancia del derecho de hipoteca en nuestro derecho y la escasa regulación de las prohibiciones de disponer, se analizará en el presente trabajo la postura de la DGRN en relación con la hipoteca de bienes inmuebles con restricción al poder de disposición.

En el grueso del trabajo se realizará en primer lugar una aproximación a las figuras jurídicas afectadas por el estudio, prestando especial interés a las restricciones al poder de disposición o prohibiciones de disponer voluntarias que surjan de actos a título gratuito. Posteriormente, se analizará en detalle la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado en cuanto a cuáles son las consecuencias que provocan las prohibiciones de disponer en la constitución del derecho real de hipoteca. Para ello, se distinguirá entre diferentes supuestos, lo que permitirá realizar el análisis con mayor exactitud.

De este modo, para la elaboración de este estudio académico de investigación, se ha seguido un método deductivo, pues, tras consultar diversas fuentes doctrinales y jurisprudenciales, se plantean diversas conclusiones que esclarecen la cuestión que se plantea.

3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LAS FIGURAS JURÍDICAS AFECTADAS POR EL ESTUDIO, Y A LAS RESTRICCIONES AL PODER DE DISPOSICIÓN

Antes de acceder al análisis de las cuestiones que se plantean, hemos de matizar y dar por conocida la circunstancia del cambio de denominación de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Centro Directivo encargado de resolver los recursos gubernativos planteados relativos a las calificaciones del Registrador de la Propiedad, pues en la actualidad recibe el nombre de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública tras la entrada en vigor del Real Decreto 139/2020 de 28 de enero¹. No obstante, pese a este cambio de denominación, nos referiremos al fundamental Centro Directivo a lo largo del texto con la abreviatura “DGRN” en consideración a la denominación en la forma clásica que figura en las resoluciones estudiadas y publicadas en el Boletín Oficial del Estado, y a la consolidada tradición jurídica en su referencia con las conocidas abreviaturas, dando por entendido que la DGRN es ahora denominada DGSJFP.

Con el fin de alcanzar un examen orgánico de la posición de la Dirección General de los Registros y el Notariado en relación con la hipoteca de bienes inmuebles con restricción al poder de disposición, se abordará brevemente la determinación de diversos conceptos que nos permitan previamente centrar las cuestiones analizadas por el Centro Directivo en los problemas presentados en las diversas fases de desarrollo del Derecho Real de Hipoteca.

3.1 Concepto del poder de disposición

Por **actos o negocios jurídicos de disposición** se entienden aquellos que realizan los sujetos de derechos relativos a la enajenación de los derechos, renuncia o gravamen de estos.

Dentro de los negocios jurídicos dispositivos de gravamen más trascendentes en el tráfico jurídico y económico actual cabe destacar la constitución del derecho real de hipoteca en garantía de préstamos o créditos en general, y principalmente, de los concedidos por entidades de crédito.

¹ Real Decreto 139/2020 de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Publicado en el BOE el 29 de enero de 2020.

La constitución del derecho real de hipoteca implica un contrato (art. 1857.3 CC) mediante el que el acreedor garantizado ostenta un *ius vendendi* independientemente de quien sea el poseedor del bien que garantiza la deuda. En caso de incumplimiento por parte del deudor de la deuda que se ha garantizado, el acreedor procederá a la realización de ese bien. De forma que, con cargo a lo obtenido en esa realización, el acreedor ejercerá su derecho de cobro del crédito hasta el límite garantizado.

El sistema de seguridad jurídica hipotecario otorga una fundamental protección al adquirente del derecho de hipoteca (el acreedor hipotecario), así como seguridad de tráfico.

Para analizar con mayor precisión el objeto del presente trabajo, es necesario recordar las fases por las que atraviesa el Derecho de Hipoteca, que podríamos esquematizar en las siguientes:

Fase de constitución: la Hipoteca se constituye mediante escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 1875 CC).

Fase de desarrollo: durante la vigencia de la obligación, subsiste la hipoteca en los términos en que se haya pactado, como garantía que asegura la obligación principal. El derecho de hipoteca no cierra el Registro de la Propiedad, pero se sitúa con carácter preferente frente a derechos posteriores inscritos, en virtud del principio de prioridad.

Fase de ejecución: para el supuesto en que no se cumpla la obligación garantizada, es esencia del contrato de hipoteca la realización del bien inmueble gravado con tal derecho de garantía, para destinar el importe obtenido al pago de la obligación asegurada. La venta ha de hacerse en pública subasta y con los requisitos establecidos en la normativa hipotecaria y procesal, y en caso de ser por ejecución extrajudicial, con los requisitos establecidos en la normativa hipotecaria y procesal y en la legislación notarial. Por tanto, el *ius vendendi* o *ius distrahendi* se ejercita en la fase ejecutiva, en caso de incumplimiento de la obligación, si bien la DGRN en una de las últimas resoluciones recuerda que “es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del ‘*ius vendendi*’ al acreedor

no es un elemento añadido o circunstancial, sino que integra el contenido esencial de su derecho” (RRDGRN 13 de abril de 2012², 26 de julio de 2018³ y 27 febrero 2019⁴).

Además, es conveniente recordar que en nuestro derecho está prohibido el pacto comisorio, o pacto por el cual el acreedor puede quedarse directamente con el inmueble gravado con la hipoteca. Sí bien se admite, en el momento del incumplimiento de la obligación, y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, la figura de la “dación en pago”, pero con otras consecuencias absolutamente diferentes a la de la ejecución de hipoteca si hubiera cargas intermedias; y, además, apuntaremos que la DGRN ha reconocido la validez del llamado “pacto Marciano”, cuyo estudio excede de la presente exposición.

Por su parte, podemos definir el “**poder de disposición**” con los autores clásicos como “la facultad de una persona de modificar, transmitir, gravar o extinguir un derecho subjetivo”⁵.

Un apunte a señalar sobre la naturaleza jurídica del poder de disposición es la discusión doctrinal, con trascendencia práctica, sobre si la facultad o poder de disposición radica en el titular del derecho, o si por el contrario se trata se trata de una facultad propia e ínsita en el derecho subjetivo. Dejamos únicamente señalada esta dualidad de doctrina, en la que la primera postura se encontraba defendida por Fernández de Villavicencio, o posteriormente, Irurzún⁶, y la segunda postura se encuentra apoyada por otra corriente doctrinal encabezada por Roca Sastre y Díez Picazo, y, como veremos más adelante, recogida por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

² Resolución de 13 de abril de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Lleida n.º 1 a inscribir testimonio de decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Publicada en el BOE el 21 de mayo de 2012.

³ Resolución de 26 de julio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Madrid n.º 33, por la que suspende la inscripción de un testimonio de sentencia dictada en procedimiento ordinario ordenando la cancelación de determinadas inscripciones. Publicada en el BOE el 4 de agosto de 2018.

⁴ Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 26 de marzo de 2019.

⁵ DÍEZ PICAZO, L., “*Fundamentos del derecho civil patrimonial*”. Civitas, Madrid, 2008, p.310.

⁶ GOICOA IRURZÚN, D., “El poder de disposición. Un apunte sobre el mismo”, Revista el Notario del Siglo XXI, n. 24, marzo-abril 2009 (disponible <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1627-el-poder-de-disposicion-un-apunte-sobre-el-mismo-0-5389843886149902>; última consulta 25/04/2020).

En caso de limitaciones no legales al poder de disposición, hay que partir de la protección de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso que inscriben su derecho en el Registro de la Propiedad, que se regula en el fundamental art. 34 de la LH, respondiendo a los principios de seguridad jurídica y amparo de la buena fe en el tráfico inmobiliario ⁷.

3.2 Límites al poder de disposición: las prohibiciones de disponer

El enunciado de este trabajo nos dirige a las restricciones del poder de disposición, que son una manifestación de las denominadas prohibiciones de disponer. Una vez delimitados los conceptos anteriores, y sin perder de vista el propósito del acceso o desarrollo de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, se procederá a analizar el concepto de las prohibiciones de disponer, así como su naturaleza jurídica, su clasificación, los requisitos necesarios para la validez y eficacia de las prohibiciones voluntarias, las consecuencias de su incumplimiento, los efectos de la inscripción de las prohibiciones en el Registro de la Propiedad y la cancelación de estas.

3.2.1 Concepto

Las limitaciones o restricciones del poder de disposición, o limitaciones a la facultad de disponer, son mecanismos que acotan el poder de disposición. Estas limitaciones o restricciones del poder de disposición las define Roca Sastre como “prohibiciones impuestas al ejercicio de la facultad dispositiva que normalmente integra el contenido de un derecho subjetivo y en cuya virtud el titular de este no puede válidamente enajenarlo, gravarlo o, en general, disponer de él (con mayor o menor amplitud)”⁸.

A su vez, El Tribunal Supremo define las limitaciones de disponer como “la privación o restricción del poder de disposición que forma parte del derecho subjetivo y que impide el acto de disposición con mayor o menor amplitud según se haya sido previsto”⁹ (STS 981/2011 de 30 diciembre).

Por su parte la DGRN recuerda en su resolución de 2 de noviembre de 2018 que conforme a “la doctrina sobre la configuración registral de las prohibiciones de disponer de este Centro Directivo (...) las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales

⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., “*Derecho Civil I: Introducción y parte general*”, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, 12ª ed., p. 150 y ss.

⁸ ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LL. y BERNÀ XIRGO, J., “*Derecho hipotecario*”, T. V, 9ª edic., edit. Bosch, Barcelona 2008, p. 618

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 30 de diciembre 981/2011. FJ Tercero, EDJ 2011/313624.

cuya inscripción perjudique a terceros adquirentes, sino restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva (el '*ius disponendi*') de su titular"¹⁰.

Finalmente señalamos que la falta de regulación por parte del CC lleva a que la Ley Hipotecaria adquiriera gran importancia en esta figura jurídica, hasta tal punto que la DGRN ha llegado a repetir en varias ocasiones que “al carecer el Código Civil de una regulación completa de la figura de las prohibiciones de disponer o enajenar, puede afirmarse que la legislación hipotecaria constituye en esta materia legislación civil sustantiva” (RRDGRN 25 de junio de 2013¹¹, 16 de junio de 2015¹², 2 de noviembre de 2018¹³, entre otras).

3.2.2 Naturaleza Jurídica

Siguiendo el análisis de la DGRN en su resolución del 2 de noviembre de 2018, las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales, sino más bien restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva, el *ius disponendi* de su titular¹⁴.

Según la misma resolución, las restricciones al *ius disponendi* se refieren a los actos voluntarios, por lo que las prohibiciones de disponer no impiden la realización de actos forzosos, así, un bien gravado con prohibición de disponer es susceptible de ser objeto de transmisión *mortis causa* (RDGRN 27 febrero 2019)¹⁵.

Recuerda también la DGRN, en relación con las prohibiciones de disponer voluntarias, que, cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la

¹⁰ Resolución de 2 de noviembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Barcelona n.º 8, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario y posposición de prohibición de disponer. Publicada en el BOE el 22 de noviembre de 2018.

¹¹ Resolución de 25 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra calificación del registrador de la propiedad de Las Palmas de Gran Canaria n.º 3, por la que se deniega la inscripción de una prohibición de disponer sobre un inmueble, en una escritura de donación. Publicada en el BOE el 26 de julio de 2013.

¹² Resolución de 16 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Callosa de Segura, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa sujeta a prohibición de disponer. Publicada en el BOE el 10 de agosto de 2015.

¹³ Resolución de 2 de noviembre de 2018, cit.

¹⁴ Resolución de 2 de noviembre de 2018, cit.

¹⁵ Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 26 de marzo de 2019.

voluntad del titular afectado, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de disponer o enajenar, puede admitirse la inscribibilidad de las adjudicaciones forzosas, a pesar de la existencia de la prohibición de disponer, lo que ha sido afirmado reiteradamente por este Centro Directivo (RRDGRN de 22 de febrero de 1989, 27 de febrero de 2019)¹⁶.

Al ser restricciones a un derecho por las que se limita el ejercicio de la facultad dispositiva, han de ser interpretadas en un sentido estricto, no pudiendo ser susceptibles de interpretación o aplicación analógica. Así, la DGRN señala que han de interpretarse de una forma “restrictiva, sin menoscabo de los intereses que las justifican” (RRDGRN 21 de marzo de 2018¹⁷; 27 de febrero de 2019¹⁸; 17 de marzo de 2017¹⁹).

Sentado lo anterior, conviene delimitar más aún la naturaleza jurídica de las prohibiciones de disponer, diferenciándolas de otras figuras o instituciones con las que pueden llegar a confundirse.

Por la naturaleza de los bienes: Por el hecho de carecer de carácter institucional, deben diferenciarse las prohibiciones de disponer de la indisponibilidad de ciertos derechos o bienes que, por su destino o servicio, no son susceptibles de actos de disposición. Esto último es lo que ocurre, por ejemplo, con los bienes públicos declarados inalienables, como los bienes de dominio público, o los bienes que integran el patrimonio histórico español.

Por la naturaleza del derecho: existen derechos reales que por sí mismos no son susceptibles de disposición, como pueden ser los derechos de uso y habitación, que son en principio, personalísimos, o naturalmente indisponibles (art. 525 CC), si bien es preciso matizar que, dado que la primera regla en la constitución de estos derechos es el

¹⁶ Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 26 de marzo de 2019.

¹⁷ Resolución de 21 de marzo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de San Javier n.º 2, por la que acuerda denegar la práctica de inscripción de una escritura de donación. Publicada en el BOE el 6 abril de 2018.

¹⁸ Resolución de 27 de febrero 2019, cit.

¹⁹ Resolución de 17 de marzo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Zaragoza n.º 14, por la que se deniega la inscripción de una escritura de opción de cesión de aprovechamiento urbanístico. Publicada en el BOE el 4 de abril de 2017.

título constitutivo (artículo 523 CC), podrían configurarse como transmisibles. En este sentido, se pronunció la DGRN el 10 de diciembre de 2015 en relación con la inscripción de una hipoteca sobre un derecho de uso y habitación, entendiendo que es posible disponer de este derecho “cuando en el título constitutivo se haya previsto la enajenabilidad del mismo”²⁰ (también RDGRN de 20 de junio de 2019²¹).

Por el carácter objetivo de las limitaciones al poder de disposición, en el sentido de que afectan a una facultad del derecho y no a la capacidad de obrar de la persona: la prohibición de disponer no se debe confundir con la incapacidad, ya que la incapacidad tiene un carácter subjetivo. La prohibición de disponer, debido a la relación que supone de persona o cosa, es independiente a la capacidad o incapacidad, de tal forma que, el sujeto que carece de capacidad jurídica puede disponer por medio de su representante legal y el que no tiene facultad de enajenar no puede disponer, aunque tenga plena capacidad. Existen además las denominadas prohibiciones subjetivas de disponer, por el ejemplo el que se establece en el art. 1459 CC, que, según la tesis objetiva que defiende la línea doctrinal que seguimos, son supuestos de incapacidades especiales en determinadas circunstancias.

3.2.3 Clasificación

Las prohibiciones de disponer se pueden clasificar en diferentes categorías en base a distintos criterios. De esta manera apuntamos los más importantes:

En cuanto a su duración, podrían ser **temporales** o **perpetuas**; no obstante, en nuestro Derecho, no son admisibles las prohibiciones de disponer perpetuas, ya que hay que tomar en consideración lo establecido en el art. 785.2º CC en relación con las disposiciones testamentarias, de manera que, no surtirán efecto “las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781”., que veremos más adelante.

²⁰ Resolución de 10 de diciembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Marbella n.º 3, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria. Publicada en el BOE el 28 de diciembre de 2015.

²¹ Resolución de 20 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 40, por la que se suspende anotación preventiva de sentencia relativa a la atribución de un derecho de uso. Publicada en el BOE el 17 de julio de 2019.

Por su alcance, dependiendo de si prohíben todo acto de disposición o simplemente actos determinados serán **absolutas** o **relativas**, como analizaremos también más adelante.

Respecto a su forma, la doctrina aporta la clasificación entre prohibiciones **expresas** o **tácitas**, no admitiéndose en nuestro derecho las prohibiciones **presuntas** pues rige el principio de la libre propiedad.

La distinción más importante se origina en relación con su origen, pues pueden distinguirse las limitaciones **voluntarias**, las prohibiciones **legales** y las **judiciales o administrativas**²².

Las prohibiciones legales de disponer son las establecidas por la Ley. Un ejemplo claro lo podemos encontrar en los arts. 166 y 271 CC al establecer las limitaciones a las facultades dispositivas de los padres y tutores respecto a sus hijos y tutelados o en el art. 636 CC en cuanto supone un límite a la facultad de disposición a título gratuito. Existe una corriente doctrinal defendida por autores como Amorós Guardiola y Albaladejo García, de que las llamadas prohibiciones legales de disponer no son propiamente prohibiciones de disponer, sino un “límite ordinario al poder del dueño sobre la cosa de que se trate”²³, y el artículo 26 LH las equipara a las limitaciones legales del dominio.

En cuanto a las judiciales o administrativas son prohibiciones adoptadas en procedimientos judiciales, civiles, penales o administrativos o en procedimientos dictados por un órgano administrativo, como puede ser la prohibición dictada para garantizar una deuda tributaria (resolución de 28 de octubre de 2015²⁴). Señala la doctrina que el objeto de estas prohibiciones es la práctica de medidas cautelares que eviten la defraudación de la responsabilidad que derive de sentencias sancionadoras o de procedimientos de los órganos administrativos competentes, y cumplir con el interés público.

Por otro lado, las prohibiciones de disponer voluntarias son las establecidas por los particulares, y tienen por objeto satisfacer intereses privados, por ejemplo, cumplir una

²² DE PABLO CONTRERAS, P.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “Curso de Derecho Civil (III) Derechos Reales”, Edisofer, Madrid, 2014, p. 166

²³ CABALLERO LOZANO, J.M., “Las Prohibiciones de disponer, su proyección como garantía de las obligaciones”, José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 200 y ss.

²⁴ Resolución de 28 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Falset, por la que se suspende la anotación de un embargo constando anotada previamente una prohibición de disponer dictada por la Administración Tributaria. Publicada en el BOE el 23 de noviembre de 2015.

función de tutela (así, una prohibición de disponer impuesta por el testador hasta que los hijos lleguen a determinada edad).

La distinción de las prohibiciones de disponer legales, judiciales o administrativas y voluntarias, así como sus efectos, se regula en los fundamentales artículos 26 y 27 de la LH, al disponer lo siguiente:

Artículo 26 LH: “Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:

Primera. Las establecidas **por la Ley** que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio.

Segunda. Las que deban su origen inmediato a alguna **resolución judicial o administrativa** serán objeto de anotación preventiva.

Tercera. Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos **a título gratuito**, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez”.

Artículo 27 LH: “Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento”.

Dentro de las prohibiciones de disponer, las clasificadas como voluntarias son las que más problemas podrían plantear en cuanto a su validez y, sobre todo, su eficacia.

Como recuerda Castán²⁵ las prohibiciones voluntarias impuestas en actos a título lucrativo tienen eficacia real y, en caso de incumplimiento, producen la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan. En tanto que, las impuestas en actos a título oneroso no tienen eficacia real y su infracción sólo provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

De esta forma, para que una prohibición de disponer voluntaria adquiera eficacia real deberá constituirse en actos a título gratuito.

²⁵ según cita GÓMEZ GÁLLIGO, F.J, “*Las Prohibiciones de disponer en el derecho español*”, Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992, p.27.

3.2.4 *Requisitos de las prohibiciones de disponer voluntarias para que sean inscribibles*

La DGRN en varias resoluciones ha manifestado que las prohibiciones voluntarias que nacen a título gratuito para que sean inscribibles en el Registro es necesario, además que “tengan carácter temporal, respondan a una razón lícita y no traspasen los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria, pues, en caso contrario, constituyen tan solo una mera recomendación” (RRDGRN 18 enero 1963²⁶, 2 de noviembre de 2018²⁷, 27 de febrero de 2019²⁸).

Destacamos el requisito de la razón lícita a que se refieren las resoluciones citadas o la necesidad de estar fundadas en un interés legítimo y digno de protección a que se refiere Castán²⁹, o **justa causa**, entendiendo esta como la finalidad por la que se pretenda proteger un interés, por ejemplo, la protección del patrimonio o los intereses de los herederos. Como ha expresado la DGRN en su resolución de 31 de julio de 2018 “las prohibiciones de disponer, (...) exigen la existencia de justa causa, como así lo ha impuesto la jurisprudencia”³⁰. Es postura mayoritaria en la doctrina el requisito necesario de expresar en los títulos inscribibles cuál es la causa que origina la prohibición. De esta forma, la presunción del artículo 1277 CC tendría simplemente validez procesal de inversión de la carga de la prueba en favor de la persona que adquiere el bien³¹.

Muy relacionada con la característica anterior, es la de que el origen debe encontrarse **amparado en la ley**. En este aspecto, destaca la opinión de Amorós Guardiola, al

²⁶ Resolución de 18 de enero de 1963 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo impuesto por don Joaquín Dalmases Jordana, Notario de Barcelona, contra calificación del Registro de la Propiedad número 5 de dicha capital. Publicada en el BOE el 6 de febrero de 1963.

²⁷ Resolución de 2 de noviembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Barcelona n.º 8, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario y posposición de prohibición de disponer. Publicada en el BOE el 22 de noviembre de 2018.

²⁸ Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 26 de marzo de 2019.

²⁹ Según cita GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., “*Las Prohibiciones de disponer en el derecho español*”, Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992, p.27

³⁰ Resolución de 31 de julio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Palma de Mallorca a inscribir determinada cláusula de los estatutos de una sociedad. Publicada en el BOE el 14 de septiembre de 2018.

³¹ DE CASTRO, F., ROCA SASTRE, R.M, PEÑA, M., LACRUZ, J.L, GARCÍA GARCÍA, AMORÓS GUARDIOLA, M. “*La causa el crédito hipotecario*”, Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1990, p. 174.

considerar que, el origen último en el que debe ampararse la prohibición de disponer puede radicar tanto directa como indirectamente en el ordenamiento jurídico. Esto es, ya sea creando las limitaciones o sancionando la creación por los particulares ³².

Para que pueda nacer la limitación a la disposición de un bien, es necesario que exista un negocio jurídico traslativo, es decir, las prohibiciones de disponer tienen **carácter accesorio**. Por eso, no puede constituirse sobre los bienes propios, en tal caso, podríamos considerar que nos encontramos ante un supuesto de auto contratación, pues se estaría vinculando bienes en beneficio propio (STS 15/2008 de 25 de enero)³³. No obstante, el negocio traslativo principal no ha de ser necesariamente de transmisión de propiedad, basta con que se trate de un negocio constitutivo de un derecho limitado sobre la cosa, por ejemplo, un arrendamiento sobre un inmueble o una cesión a título precario (STS de 18 de enero de 1963³⁴, RDGRN de 27 de febrero de 2019³⁵).

Por otro lado, se debe destacar la temporalidad de la prohibición. El **carácter temporal** radica en la necesidad de evitar la amortización de la propiedad. En nuestra legislación solamente se regula este requisito de manera explícita en cuanto a los fideicomisos (art. 781 y 785 CC), si bien, se deberá aplicar esta característica a los actos a título gratuito *inter vivos* por la remisión que realiza el Código Civil en sus artículos 640 y 641³⁶.

Según establece la doctrina, aunque no de manera absoluta³⁷, toda **sustitución fideicomisaria** supone una prohibición de disponer, pero no surge lo mismo de manera inversa. La principal razón es que la prohibición no implica un llamamiento sucesivo, por eso, no puede ser asimilada a las sustituciones fideicomisarias. Como dice la DGRN en su Resolución del 13 de octubre de 2005 “Hay todo un catálogo de prohibiciones de disponer que no llevan aparejado un llamamiento sucesivo sin que ello implique que no

³² AMORÓS GUARDIOLA, M. “Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente” Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1965, p.10.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2008, 15/2008, rec. 5634/2000.

³⁴ Resolución de 18 de enero de 1963 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo impuesto por don Joaquín Dalmases Jordana, Notario de Barcelona, contra calificación del Registro de la Propiedad número 5 de dicha capital. Publicada en el BOE el 6 de febrero de 1963.

³⁵ Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 26 de marzo de 2019.

³⁶ DE PABLO CONTRERAS, P.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “Curso de Derecho Civil (III) Derechos Reales”, Edisofer, Madrid, 2014, p. 167.

³⁷ CAÑIZARES LASO, A. “La eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias” Anuario de derecho civil, vol. 44, n. 4, 1991, p. 1475.

exista un beneficiario o un interés protegido”³⁸. El que no reclamen llamamiento sucesivo, no excluye su temporalidad. Es decir, en cuanto a la cuestión de la temporalidad sí que cabría acudir a la aplicación analógica del art. 785.2º CC en tanto en cuanto no se admitirá una prohibición de disponer con carácter perpetuo.

Por otro lado, serán nulas las prohibiciones temporales que impliquen una vinculación de bienes más allá del segundo grado, salvo cuando se haga en favor de personas que vivan al tiempo de comienzo de la efectividad de la prohibición de disponer (art. 781 CC).

Además, el artículo 781 establece que será válida la sustitución fideicomisaria cuando se haga en favor de una persona o personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Aunque se habla expresamente del momento del fallecimiento del testador, se hace referencia, como ya hemos expuesto, a la sustitución fideicomisaria, de manera que, en cuanto a las prohibiciones de disponer, podría interpretarse como el momento en el que se otorga el negocio jurídico, como por ejemplo sería una donación.

Puede plantearse la cuestión de si la remisión que hace el art. 785.2º CC al 781 CC en cuanto a la nulidad de las prohibiciones que no sean temporales se trata de una nulidad total o parcial. La doctrina se encuentra dividida. Autores como Lacruz Berdejo y Pérez de Castro se posicionan en favor de la nulidad parcial, al considerar que la prohibición, rigiéndose por el principio de conservación del negocio, debe subsistir dentro de los límites autorizados³⁹. Amparándonos en el principio general del derecho *utile per inutile non vitiatur* (lo útil no se vicia por lo inútil)⁴⁰ podemos admitir que, como ha manifestado la DGRN “las prohibiciones que excedan del límite del artículo 781 del Código Civil deben considerarse nulas en el exceso”⁴¹ (Resolución 25 de junio de 2018)⁴². Esta opinión puede considerarse reciente, pues tanto el TS (vid. STS de 29 octubre de 1949) como la

³⁸ Resolución de 13 de octubre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de A Coruña don Nelson Rodicio Rodicio, frente a la negativa de la Registradora de la Propiedad de A Coruña n.º 4, por incompatibilidad del titular del Registro de la Propiedad de A Coruña 1, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia. Publicada en el BOE el 25 de noviembre de 2005.

³⁹ Según cita GÓMEZ GÁLLIGO F.J., “*Las Prohibiciones de disponer en el derecho español*”, Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992, p. 63

⁴⁰ MARTÍN BRICEÑO, M. R., *Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer su validez y eficacia jurídica*, Actualidad Civil, 2010, p. 14.

LÓPEZ MAZA, S. *Prohibiciones de disponer: cuestiones generales y alguna que otra particular*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019, p. 69.

⁴¹ Resolución de 13 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Piedrabuena, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aumento de capital. Publicada en el BOE el 25 de junio de 2018.

⁴² MATEO SANZ, J. B., “*Comentario al artículo 26, en Comentarios a la Ley Hipotecaria*”, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016. p. 4.

DGRN (25 julio 1904) manifestaron en un principio el carácter total de la nulidad, amparándose varios autores en esta teoría ⁴³.

3.2.5 Incumplimiento de las prohibiciones de disponer

En cuanto a los efectos del incumplimiento de una prohibición de disponer, variarán en base al tipo de prohibición ante la que nos encontremos. En las prohibiciones voluntarias y judiciales o administrativas, cabe que la ley o la propia voluntad del que estableció la prohibición de disponer determinen una sanción específica (6.3 CC). En cuanto a las prohibiciones legales, la propia ley es la que suele regular los efectos de su incumplimiento, por ejemplo, el artículo 51 de la LAU⁴⁴, que establece una prohibición de disponer legal, regula el incumplimiento de esta (STS de 26 de septiembre de 2011⁴⁵).

No obstante, en caso de que no se regulase ni en la propia ley ni por voluntad de los que impusieron la prohibición, la DGRN entiende que se produce la nulidad absoluta del acto por el que se ha producido el incumplimiento (RDGRN 16 junio 2015)⁴⁶.

Cuando se trate de prohibiciones de disponer voluntarias que nazcan de negocios onerosos, al no tener eficacia registral, su infracción “sólo provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados”⁴⁷ (RDGRN 27 de febrero de 2019) pues se entenderá que se trata de un incumplimiento obligacional.

Hay autores, como Cano Martínez de Velasco, que opinan que no se produce una nulidad absoluta, sino que se trata más bien de anulabilidad⁴⁸. Otros autores distinguen los efectos del incumplimiento de las prohibiciones de disponer en base a distintos escenarios. En primer lugar, cuando el sujeto sometido a la prohibición sea el que se beneficie de ella y a su vez el mismo que realiza el acto de disposición, se entiende que no podrá impugnar

⁴³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “Las prohibiciones de disponer voluntaria: extinción y cancelación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 557, 1983, p. 811.

⁴⁴ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Publicada en el BOE 25 de noviembre de 1994, EDL 1994/18384.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 26 de septiembre 680/2011, rec. 473/2005, EDJ 2011/224285.

⁴⁶ Resolución de 16 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Callosa de Segura, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa sujeta a prohibición de disponer. Publicada en el BOE el 10 de agosto de 2015.

⁴⁷ Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 26 de marzo de 2019.

⁴⁸ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. “Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro”, José María Bosch Editor, Barcelona, 2006, p.64.

dicha disposición “en contra del negocio jurídico realizado”⁴⁹ pues estaría alegando su propio incumplimiento, es decir, impugnaría un acto propio. Otro supuesto es aquel en el que el sujeto que la ha impuesto es el mismo que resulta beneficiado, por lo que, si el que se encuentra condicionado a la prohibición lleva a cabo un acto de disposición que sea contrario a esta, ese acto será nulo. Por último, si el beneficiado es una tercera persona y el que está sometido a la prohibición la incumple, podrá el beneficiario impugnar el acto realizado.

3.2.6 Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer

Cabe plantearse la duda de si las prohibiciones de disponer tienen carácter de derecho real. Como se adelantaba anteriormente, la DGRN ha manifestado de manera reiterada que “si bien la prohibición de disponer no es un verdadero derecho real ni una estipulación a favor de tercero, sí supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de poder a favor del beneficiado por la misma” (Resoluciones de 20 de diciembre de 1929 y de 16 de junio de 2015⁵⁰). Por ello, “la no asimilación o subsunción de las prohibiciones de disponer en la categoría jurídica de los derechos reales, no implica que no tengan la consideración de carga registral, ni que sean por completo ajenas a las cualidades del rango registral que, conforme al principio de prioridad registral, les corresponda”⁵¹ (RDGRN 2 de noviembre de 2018). Es decir, aunque no se pueden considerar verdaderos derechos reales que se impongan a favor de un tercero, sí que adquieren, o pueden llegar a adquirir, **eficacia registral**.

No obstante, no toda prohibición de disponer requiere inscripción en el Registro para obtener esa eficacia real. Atendiendo al art. 26 LH vemos que las prohibiciones legales, al contrario que las administrativas o judiciales y las voluntarias, no requieren de su inscripción para adquirir plenos efectos frente a terceros.

⁴⁹ MARQUEÑO DE LLANO, M., “*Prohibiciones Testamentarias De Disponer*”, José María Bosch Editor, Barcelona, 2003, p. 218-219.

⁵⁰ Resolución de 16 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Callosa de Segura, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa sujeta a prohibición de disponer. Publicada en el BOE el 10 de agosto de 2015.

⁵¹ Resolución de 2 de noviembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Barcelona n.º 8, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario y posposición de prohibición de disponer. Publicada en el BOE el 22 de noviembre de 2018.

De esta forma, las voluntarias, a título gratuito, y las judiciales y administrativas, necesitarán su respectiva inscripción u anotación en el Registro para adquirir plena eficacia frente a terceros. Esto mismo lo ha manifestado el TS (STS 19 abril de 1975) al establecer que, “la inscripción en el Registro de las reservas de dominio y prohibiciones de enajenar es de inexcusable observancia para que puedan ser oponibles a los que no intervinieron en los contratos”⁵².

No obstante, una parte de la doctrina entiende que la inscripción de la prohibición en el Registro tiene carácter constitutivo, es decir, que la inscripción o anotación en el Registro es necesaria para el nacimiento de la prohibición, no solo como protección frente a terceros⁵³.

No obstante, la opinión mayoritaria de la doctrina entiende, frente a los derechos reales y limitaciones del dominio en general, que, la constitución de las prohibiciones de disponer tiene carácter extra registral, debiendo ser respetada aun no estando inscrita. Para tener eficacia frente a terceros y por tanto para adquirir eficacia erga omnes, será necesaria su inscripción. Por tanto, entendemos que la inscripción de la prohibición en el Registro es requisito necesario para poder oponerla frente a terceros, pero no para su constitución⁵⁴.

Dado su carácter accesorio, se inscribirán las prohibiciones de disponer voluntarias en la misma inscripción del acto que las contiene definidas como una limitación de las facultades del titular del bien.

3.2.7 Cancelación de las prohibiciones de disponer inscritas

La Cancelación de las restricciones al poder de disposición es una materia de extraordinaria importancia en relación con la constitución de hipoteca, ya que, si la restricción o prohibición de disponer se cancela, la colisión con el derecho real de garantía se elimina.

En base al análisis de la opinión de Gómez Gállego⁵⁵, se procederá a la cancelación de la prohibición de disponer que se encuentre inscrita en el Registro en los siguientes supuestos.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 19 de abril de 1975, 168/1975, EDJ 1975/370.

⁵³ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. “*Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro*”, José María Bosch Editor, Barcelona, 2006, p. 71 y ss., 100 y ss., 129 y ss.

⁵⁴ CAÑIZARES LASO, A. “*La eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias*, *Anuario de Derecho Civil*”, 1991, p. 1476 y 1479 p. 1453 a 1528 del anuario.

⁵⁵ Director general de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia de España entre el 31 de octubre de 2014 y el 3 de agosto de 2018.

En primer lugar, se podrá proceder a su cancelación con el **consentimiento del otorgante**. Es decir, el que impuso la prohibición voluntaria en acto a título lucrativo *inter vivos* tendrá la posibilidad de cancelarla mediante escritura pública, siempre y cuando no se lesionen derechos adquiridos a su amparo. Decimos que tiene que ser a título lucrativo *inter vivos* porque si fuera *mortis causa* desplegaría sus efectos con el fallecimiento del otorgante. Es importante destacar que los favorecidos por la prohibición no ostentan la facultad de poder cancelarla, ya que, siguiendo la teoría defendida por la DGRN sobre su naturaleza, la consecuencia de su constitución no es la existencia de un derecho real del que se pueda disponer.

Otra causa de cese de los efectos de las prohibiciones, dado su carácter temporal, es el **transcurso del plazo** que se estipuló en el momento de su constitución. Esta cancelación podrá instarse por la parte interesada e incluso de oficio por el Registrador al momento de practicar algún asiento o expedir una certificación, conforme a lo dispuesto en el art. 353.3 RH⁵⁶.

Por la **purga o liberación** derivada de asientos anteriores, como puede ser por ejecución de una hipoteca inscrita o un embargo anotado con anterioridad. Como se analizará en el siguiente epígrafe, cuando se ejecuta un bien sobre el que recae una prohibición de disponer por el ejercicio de un derecho inscrito con anterioridad a esta, se procederá a la cancelación de la prohibición.

De igual forma, se producirá la extinción de la prohibición de disponer con la **resolución judicial** que declare su ineficacia o caducidad.

A su vez, hay quienes consideran que las prohibiciones podrán extinguirse si estuvieran sometidas a **condición** por el cumplimiento de ésta⁵⁷. Aunque a nuestro juicio, basándonos en la teoría de Rodríguez López no cabe someter una prohibición de disponer a una condición, pues se estaría desvirtuando el concepto de esta⁵⁸.

⁵⁶ Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. Publicada en el BOE 16 de abril de 1947.

⁵⁷ GÓMEZ GÁLLIGO F.J., “*Las Prohibiciones de disponer en el derecho español*”, Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992, p.221-222.

⁵⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “*Las prohibiciones de disponer voluntaria: extinción y cancelación*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 557, 1983, p. 725-822.

4. POSICIÓN DOCTRINAL DEL CENTRO DIRECTIVO EN RELACIÓN CON LOS EFECTOS DE LAS RESTRICCIONES DE LA LIBRE DISPOSICIÓN EN LA HIPOTECA

Una vez definidas y conceptualizadas las prohibiciones de disponer, y adelantada su naturaleza estudiada en algunos puntos por el Centro Directivo, procederemos a analizar la posición de la DGRN en diversos supuestos en que concurre el derecho real de hipoteca sobre bienes inmuebles con restricciones al poder de disposición.

Una cuestión previa para dar comienzo al análisis de la postura doctrinal del Centro Directivo se centraría en precisar a qué **actos o negocios** puede afectar una prohibición de disponer, o, dicho de otra forma, qué actos o negocios no deberían poderse llevar a cabo, por estar afectados por la prohibición, y en particular, cuándo es posible o no constituir un derecho de hipoteca si existe una prohibición de disponer.

En efecto, existen actos dispositivos que claramente resultan afectados por una prohibición de disponer, como son los actos traslativos por los que el inmueble sale del patrimonio del titular: la permuta del inmueble, la compraventa, la donación o la adjudicación en pago; pero, según algunos autores existen otros actos en los que resulta más complicado determinar si se está vulnerando la prohibición de disponer, por ejemplo hay quienes dudan en considerar que se vulnera la prohibición de disponer cuando se constituye un derecho real de goce⁵⁹⁶⁰, si bien, lo que nos interesa en este análisis es determinar cuándo se está vulnerando una prohibición o restricción al poder de disposición en el caso de constitución de una hipoteca.

Si seguimos la doctrina clásica enunciada al principio de este estudio, hemos de indicar que el acto de disposición comprende tanto el acto de enajenación, como el de renuncia del derecho, como el de gravamen. No obstante, hay que estar al contenido concreto de la prohibición de disposición, es decir, de la ley (que no necesita inscripción), o de la sentencia, resolución administrativa o cláusula que figura en el Registro y que restringe el poder de disposición, y analizar sus propios términos y si se trata de una prohibición absoluta (prohibiendo toda clase de disposición) o relativa (solo determinados actos de

⁵⁹ CABALLERO LOZANO, J.M, “*Las prohibiciones de disponer. Su proyecto como garantía de las obligaciones*”, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 53-54.

⁶⁰ DOMENGE AMER, B. “*Las prohibiciones voluntarias de disponer*”, Civitas, Palma de Mallorca, 1996, p. 117.

disposición) y por tanto si se trata de una restricción más o menos amplia del poder de disposición, según la redacción en que se expresa, que ha de ser interpretada.

Ha de recordarse que, en los casos estudiados de restricciones o prohibiciones de disposición voluntarias, cabe el levantamiento de la prohibición por la prestación del consentimiento de quien la impuso. El testador ha de permitir la constitución de hipoteca en la configuración de la prohibición de disponer (ya que la eficacia de dicha prohibición se produce por definición tras su muerte, que es cuando el testamento produce efectos), o puede adoptar algunas medidas en su disposición testamentaria, como exigir el consentimiento de una persona designada al efecto; en tanto que el donante, si vive, puede prestar su consentimiento al levantamiento de la prohibición en el momento de la constitución de hipoteca.

Así, podemos clasificar la doctrina de la siguiente forma:

4.1 ¿Una prohibición inscrita de vender, ceder o por cualquier título transmitir, impide la posterior inscripción de una hipoteca?

La DGRN en su Resolución de 27 de febrero de 2019, estudia la posibilidad de inscripción de una constitución de hipoteca existiendo una prohibición voluntaria y gratuita de “vender, ceder o por cualquier otro título transmitir”⁶¹ en la que no se refiere *expressis verbis* a la prohibición de constituir hipoteca.

Se plantea, por tanto, la cuestión de si se comprende en el ámbito objetivo de dicha prohibición de vender (téngase en cuenta que no se prohibía hipotecar) la constitución de una hipoteca, que no es un acto inicial de disposición, sino de gravamen, pero sin perder de vista que, si bien por un lado la prohibición de constituir hipoteca no está mencionada, por otro, la hipoteca lleva en su fase de ejecución a la enajenación del inmueble.

A lo que la DRGN señala que: “La constitución del derecho real de hipoteca implica un acto dispositivo (cfr. artículo 1857.3 del Código Civil)”; y “es doctrina reiterada de este Centro Directivo que esta facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca”⁶².

⁶¹ Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 26 de marzo de 2019.

⁶² Resolución de 27 de febrero de 2019, cit.

Señala el Centro Directivo que la atribución del *ius vendendi* al acreedor es un elemento estructural del contenido de la hipoteca, y no es un elemento añadido o circunstancial, sino que integra el contenido esencial de ese derecho (Resoluciones de 13 de abril de 2012⁶³ y de 26 de julio de 2018⁶⁴). “Se trata de un derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado y que, en consecuencia, no podrá ser ya menoscabado por la actuación posterior del constituyente, sea esta dispositiva o de endeudamiento”⁶⁵. Por ello, una vez constituido el gravamen hipotecario, el desenvolvimiento de sus efectos, en caso de impago de la deuda garantizada, escapa ya al ámbito de actuación tanto del constituyente de la hipoteca como del titular del ámbito de poder en que consiste la prohibición de disponer.

Podemos concluir que, dentro del ámbito material de una prohibición de disponer voluntaria impuesta en un acto a título gratuito e inscrita en el Registro, se encuentra la imposibilidad de constituir un derecho real de hipoteca sobre el bien al que afecta la prohibición. No obstante, existen supuestos en los que puede matizarse esta conclusión que analizaremos a continuación.

4.2 ¿Puede inscribirse la constitución de una hipoteca si, aunque exista prohibición de vender inscrita, el acreedor y deudor convienen subordinar el ejercicio de la ejecución hipotecaria en caso de incumplimiento de la obligación garantizada hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por el causante?

Esta cuestión fue resuelta por la DGRN en su resolución de 18 de enero de 1963 (y posteriormente en el mismo sentido por la resolución que analizaremos en el siguiente punto).

⁶³ Resolución de 13 de abril de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Lleida n.º 1 a inscribir testimonio de decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Publicada en el BOE el 21 de mayo de 2012.

⁶⁴ Resolución de 26 de julio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Madrid n.º 33, por la que suspende la inscripción de un testimonio de sentencia dictada en procedimiento ordinario ordenando la cancelación de determinadas inscripciones. Publicada en el BOE el 4 de agosto de 2018.

⁶⁵ Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 26 de marzo de 2019.

En esta Resolución, se plantea la constitución de hipoteca sobre una finca en la que existe una prohibición impuesta en testamento de “no vender la finca durante un plazo de diez años”, en que acreedor y deudor expresamente **convienen subordinar el ejercicio de la ejecución hipotecaria** en caso de incumplimiento de la obligación garantizada hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante.

Se constituyó una hipoteca, girando la controversia sobre si la hipoteca constituida se encontraba dentro del ámbito de la citada prohibición. La DGRN resolvió dicha cuestión en sentido afirmativo, es decir, que la prohibición de disponer quedaba vulnerada por la constitución de hipoteca, razonando que “si bien dentro del concepto de venta no se comprende el de constitución de hipoteca, toda vez que, conforme declaró la Resolución de 18 de abril de 1952, en este último derecho, el *ius distrahendi* tiene lugar únicamente en el caso de que se incumpla la obligación asegurada, en previsión de esta posibilidad, acreedor y deudor habrán de convenir subordinar su ejercicio hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante, pues, de otra forma, se lograría por vía indirecta burlar la prohibición impuesta, al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo señalado y quedaría desvirtuada la voluntad de la testadora por lo que, al no reunir el préstamo hipotecario concluido las anteriores condiciones, existe un obstáculo registral que impide su inscripción”⁶⁶.

En conclusión, *sensu contrario*, la DGRN admite la constitución de hipoteca en el supuesto de que exista inscrita una prohibición voluntaria genérica de vender, ceder o por cualquier otro título transmitir la finca, si acreedor y deudor expresamente convienen subordinar el ejercicio de la ejecución hipotecaria en caso de incumplimiento de la obligación garantizada hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta en el Registro.

4.3 ¿Puede aplicarse el criterio anterior si se trata de una prohibición de disponer judicial de enajenación?

En la Resolución de 9 de junio de 2012, la DGRN examina un caso en el que se constituye una hipoteca sobre varias fincas respecto de las que constan vigentes anotaciones de prohibición de enajenación impuestas en **procedimiento judicial**, con la particularidad de que en la propia escritura de constitución de la hipoteca, convenían acreedor y deudor

⁶⁶ Resolución de 18 de enero de 1963 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo impuesto por don Joaquín Dalmases Jordana, Notario de Barcelona, contra calificación del Registro de la Propiedad número 5 de dicha capital. Publicada en el BOE el 6 de febrero de 1963.

que, en caso de que no fuese satisfecha la deuda a su vencimiento, no podría ejecutarse la hipoteca mientras no quedasen resueltas las anotaciones de prohibición referidas.

El caso tiene dos particularidades concretas, la primera es que se trata de “prohibiciones de enajenar” no de disponer, y la segunda es que, en la escritura por la que se constituye la hipoteca en garantía de un préstamo, se indica la existencia de dichas prohibiciones, y el acreedor y deudor acuerdan que, en caso de incumplimiento de la obligación de pago por parte del deudor, no se podrá ejecutar la hipoteca hasta que “no queden resueltas las anotaciones de prohibición referidas”⁶⁷.

La Dirección, en la respectiva resolución, viene a distinguir las prohibiciones de disponer de las prohibiciones de enajenar. Diciendo que si estamos ante una prohibición de enajenar lo que se prohíbe es la inscripción de “actos traslativos del dominio” de la finca gravada con la prohibición, pero no la inscripción de actos que, aunque sean dispositivos, no impliquen la enajenación del bien, como es el caso de la constitución de derechos reales a favor de terceros. De esta forma, la hipoteca en garantía de préstamo hipotecario, al no ser en sí misma un acto traslativo de dominio, no se vería afectada por la prohibición de enajenar, pero sí de disponer. Sin embargo, en caso de que el deudor no realice el pago garantizado, se procederá a la ejecución forzosa del bien, produciéndose la venta forzosa del mismo. Es decir, sigue la misma doctrina que la indicada en las resoluciones anteriores.

No obstante, en este caso, como en el caso anterior de prohibición voluntaria, la situación queda salvaguardada por el acuerdo al que llegaron el acreedor y el deudor hipotecario, por el que el acreedor no procedería a la ejecución de la hipoteca hasta que se cancelasen las prohibiciones de enajenar vigentes en el momento de la constitución de esta.

Podría llegar a considerarse que este pacto en el caso de la hipoteca sólo impediría la enajenación forzosa si se constituyese como hipoteca sujeta a una condición suspensiva. Es decir, la que nace al cumplirse un suceso que ha sido previamente determinado, como es el de que se cancele la prohibición de disponer. No estaríamos ante una hipoteca en garantía de una obligación futura, porque ya hay una obligación que ha nacido con anterioridad, se trata más bien de un supuesto en el que la constitución de la hipoteca está sujeta a una condición suspensiva que no depende de la voluntad del acreedor en la que

⁶⁷ Resolución de 9 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad n.º 1 de Lugo, por la que se deniega la inscripción de un derecho real de hipoteca. Publicada en el BOE el 12 de julio de 2012.

la condición es la cancelación de la prohibición de enajenar⁶⁸, pacto, que según el propio Centro Directivo, en la resolución citada de 2019, debe ser interpretado “a modo de *conditio iuris* de su eficacia”⁶⁹.

En conclusión, la DGRN admite la inscripción de la constitución de hipoteca en caso de que exista anotada una prohibición de enajenación ordenada en procedimiento judicial, siempre que, en la propia escritura de constitución de la hipoteca, convengan acreedor y deudor que, en caso de que no fuese satisfecha la deuda a su vencimiento, no podrá ejecutarse la hipoteca mientras no queden resueltas las anotaciones judiciales de prohibición referidas.

4.4 ¿Qué ocurre con las prohibiciones de disponer que provienen de la legislación de financiación de viviendas de protección oficial?

La eficacia de las prohibiciones de disponer en sede de viviendas de protección oficial, en adelante VPO, es una cuestión que ha dividido a la doctrina y jurisprudencia, ya que las prohibiciones de disponer en esta materia tienen por finalidad evitar el lucro injustificado del propietario que ha adquirido una vivienda por haberle sido proporcionadas facilidades económicas públicas, y por tanto se discute si se trata de una prohibición de disponer en sentido estricto que lleva a la nulidad del acto (artículo 6.3 del CC) o por el contrario, únicamente se trata de una infracción administrativa que conlleva una sanción, combinándose además con el principio de reserva de ley (art 33 de la CE) para la regulación del contenido del derecho de propiedad. En cualquier caso, la prohibición de disponer en esta materia colisiona con el acceso al crédito, y la limitación existente por la imposibilidad de hipotecar esa vivienda para poder obtener nuevo crédito puede perjudicar al propietario que necesita financiación.

La solución a este grave dilema la proporcionó la DGRN en su Resolución-Consulta de 5 de octubre de 2000, respondiendo a una consulta de la Asociación Hipotecaria Española relativa al alcance de la prohibición establecida en su día en el artículo 12 del Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en

⁶⁸ FAUS I PUJOL, M., “*Práctico Derecho Registral; la hipoteca condicional*”, VLex 12602, 2020 (disponible en <https://practicos-vlex.es/vid/hipoteca-condicional-332728>; última consulta 15/04/2020)

⁶⁹ Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 26 de marzo de 2019.

materia de vivienda y suelo⁷⁰. La DGRN manifiesta que tal prohibición de disponer no es obstáculo para la constitución de una segunda hipoteca sobre una vivienda sujeta ya a una primera constituida en garantía de un préstamo cualificado, sin perjuicio de que, en caso de ejecución de esta hipoteca durante el plazo de cinco años de la prohibición, la válida transmisión de la finca requerirá la autorización administrativa correspondiente, previo reintegro de las ayudas recibidas.

En esta Resolución la DGRN se separa ligeramente de lo establecido en las resoluciones anteriormente citadas, ya que no exige que en la constitución de la segunda hipoteca se convenga expresamente tales requisitos de obtención de autorización administrativa.

La Resolución de 13 abril 2012 ha tenido ocasión de aplicar la anterior resolución en un supuesto en que una entidad bancaria ejecutó la segunda hipoteca constituida a su favor, y sujeta las limitaciones de la normativa de viviendas de protección oficial⁷¹.

La DGRN admite la inscripción de la ejecución hipotecaria, pero, en sintonía con la misma doctrina que se expresa, establece que “conforme a la legislación especial reseñada, las limitaciones ahora examinadas sólo desaparecen, bien por el transcurso del tiempo establecido, o bien porque concurran los supuestos habilitantes antes analizados, previo el reintegro de las ayudas económicas directas recibidas de la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción. Por tanto, el adjudicatario en el procedimiento judicial quedará sujeto a las mismas hasta tanto se cumplan los citados requisitos legales”⁷².

En conclusión, la DGRN en sede de prohibiciones de disponer establecidas en Real Decreto de medidas de financiación de VPO, responde que no son obstáculo para la constitución de una segunda hipoteca sobre una vivienda sujeta ya a una primera constituida en garantía de un préstamo cualificado, sin perjuicio de que, en caso de ejecución de esta hipoteca, la válida transmisión de la finca requerirá bien el transcurso del plazo, bien el cumplimiento de los supuestos habilitantes establecidos por la legislación correspondiente para la transmisión de las fincas, previo reintegro de las

⁷⁰ Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 1998-2001. Publicada en el BOE el 26 de junio de 1998.

⁷¹ Resolución de 13 de abril de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Lleida n.º 1 a inscribir testimonio de decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

⁷² Resolución de 13 de abril de 2012, cit.

ayudas recibidas: en definitiva, cumplir en la fase de ejecución la normativa de las limitaciones de las viviendas de protección oficial.

4.5 ¿Afecta una prohibición de disponer no inscrita en el Registro a la constitución de una hipoteca?

Como se ha analizado en líneas anteriores, las prohibiciones de disponer no siempre acceden al Registro. Las prohibiciones de disponer voluntarias que nacen de títulos onerosos no tienen acceso a los libros registrales (art. 27 LH). Además, las prohibiciones voluntarias que surgen de un título gratuito y las judiciales y administrativas (art. 26 LH) pueden no acceder al Registro si así lo deciden los sujetos intervinientes. Al no estar inscritas o anotadas, no adquieren eficacia registral, por lo que, *a priori*, no supondrían ningún obstáculo para la inscripción de una hipoteca en garantía de una deuda.

En cuanto a las prohibiciones voluntarias, hay determinadas ocasiones en las que nacen de un acto de naturaleza mixta, es decir, no es posible distinguir con total certeza si el negocio que da origen a la prohibición de disponer es gratuito u oneroso y, en consecuencia, plantea la duda de si puede inscribirse en el Registro o no (art. 26 o 27 LH). Siguiendo la teoría de Cano Martínez De Velasco entendemos que tendremos que atender a la causa que prevalezca, de manera que, si prevalece la liberalidad, nos sujetaremos al art. 26 LH, por el contrario, si lo que prevalece es el carácter oneroso, estaremos a lo dispuesto en el art. 27 LH⁷³. Compartimos la opinión de la Dirección en cuanto que, aunque el art. 26 LH tenga *a priori* apariencia de regla general, si lo comparamos con el art. 27 LH podemos apreciar que se trata más bien de la excepción a lo dispuesto en este último.

En cuanto a si la prohibición de disponer voluntaria no inscrita afecta a la constitución de hipoteca, el Tribunal Supremo se pronunció el 21 de julio de 2016 en una sentencia en la que la demandante vendió una finca a una sociedad mercantil con una prohibición de disponer voluntaria. Como esta nace de un acto a título oneroso se califica como una prohibición del art. 27 LH, es decir, sin eficacia registral. Posteriormente, la mercantil, sin estar inscrita la prohibición en el Registro dada su naturaleza, constituye unas hipotecas sobre el mismo bien inmueble para garantizar varias deudas y las inscribe en el Registro. En el recurso se cuestiona, precisamente, la eficacia de estas. Así, el TS

⁷³ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, “Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro”, cit. p. 114.

concluye que las inscripciones de constitución de hipoteca, a favor de tercero de buena fe, son eficaces cuando en el momento de la inscripción de la hipoteca no está inscrita en el Registro la prohibición de disponer del bien sobre el que se han constituido⁷⁴, pues esta carece de eficacia registral.

4.6 ¿Afecta de alguna forma una prohibición de disponer posterior a la inscripción de una hipoteca?

Otro escenario es aquel en el que se pretende inscribir una prohibición de disponer sobre un bien que se encuentra gravado con una hipoteca anterior. En este punto es preciso diferenciar entre las prohibiciones judiciales (o administrativas) y las prohibiciones voluntarias, pues el criterio empleado por la DGRN varía respectivamente.

Respecto de las **prohibiciones judiciales o administrativas**:

Las prohibiciones de disponer, por su naturaleza, afectan a los actos dispositivos voluntarios del titular registral del bien sobre el que recaen, y no al acto de ejecución del derecho de hipoteca previamente inscrito, que se ejecuta por un procedimiento civil. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de abril de 2019, en un caso en el que se había procedido a la ejecución de una hipoteca por impago que fue constituida (inscrita) con anterioridad a una prohibición de disponer de carácter judicial sobre el mismo bien. En esta sentencia, el TS señala que “la prohibición de disponer (judicial posterior a la constitución de la hipoteca) sólo impide las enajenaciones voluntarias del titular registral, pero no puede afectar a los actos de disposición forzosa ordenados por la autoridad judicial, pues sería contrario al principio de Responsabilidad Universal de los bienes del deudor” (STS 221/2019 de 9 de abril)⁷⁵. Es decir, el TS resuelve que el supuesto de prohibición de disponer impuesta judicialmente sobre un bien sobre el que se encuentra constituida una hipoteca e indica que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca, si se ejecuta el bien, se considera una ejecución forzosa y no se verá afectada la ejecución forzosa por la prohibición, pues esta solo despliega efectos en cuanto se refiera a actos dispositivos voluntarios.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 2016, 512/2016, rec. 2507/2014. FJ: Tercero, EDJ 2016/117460.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril 221/2019, rec. 15/2017, FJ: Segundo, EDJ: 2019/555293

A esta conclusión se llega también por la aplicación del principio registral de prioridad, ya que la hipoteca nació, constaba inscrita con anterioridad a la prohibición de disponer.

El principio de prioridad para este tipo de prohibiciones judiciales viene determinado por el artículo, el artículo 145 del Reglamento Hipotecario dispone que:

"Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar, comprendidas en el número segundo del artículo 26 y número cuarto 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"⁷⁶.

Respecto de las **prohibiciones voluntarias** posteriores a la inscripción de la hipoteca:

Otro supuesto que podría plantear algún problema sobre su eficacia sería aquel en el que mediante un acto a título gratuito se transmitiese con una prohibición de disponer la propiedad de un bien sobre el que ya consta inscrita una hipoteca. Estaríamos ante un supuesto del art. 26.3 LH, por tanto, la prohibición de disponer sería inscribible en el Registro. Nos podemos preguntar si esta prohibición de disponer afecta a la hipoteca precedente.

En las prohibiciones voluntarias rige el principio de prioridad, (art 17 LH), siendo este uno de los principios fundamentales del Derecho registral. Por tanto, dado que la hipoteca no cierra el Registro, si figura una prohibición de disponer voluntaria que se inscribe con posterioridad a la inscripción de hipoteca, la ejecución de la hipoteca tendrá carácter preferente, y la ejecución del bien hipotecado producirá la purga de la prohibición de disponer.

De modo que, es válida e inscribible la prohibición de disponer impuesta con posterioridad a la constitución de un derecho real de hipoteca. No obstante, dada la prioridad del derecho de hipoteca en caso de ejecución del bien, la prohibición no desplegará ningún efecto cuando ha accedido al registro con posterioridad a la constitución del gravamen y se procederá a su cancelación.

⁷⁶ Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. Publicado en el BOE el 16 de abril de 1947.

4.7 ¿Cabe la posibilidad de imponer en la escritura de constitución de hipoteca una prohibición de disponer?

Otra situación distinta sería la de imponer en la constitución de una hipoteca una prohibición de disponer, cuestión no infrecuente en los últimos años. Es decir, si en el propio acto de constitución de hipoteca cabe gravar el bien que garantiza la deuda con una prohibición de disponer y si esta tiene acceso al Registro. La jurisprudencia se ha pronunciado y defiende que “en nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aun así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y solo contenido meramente obligacional” (SAP A Coruña 17 de diciembre de 2019⁷⁷; STS de 16 de diciembre de 2009⁷⁸). Por tanto, al tratarse de un acto oneroso, la prohibición de disponer que se impusiere en la escritura de constitución de hipoteca no tendría la eficacia real del art. 26 LH, se trataría más bien de una obligación contractual, cuyo incumplimiento consistiría en un incumplimiento contractual, lo que implicaría la indemnización de daños y perjuicios para el acreedor hipotecario.

No obstante, si nos paramos a analizar con mayor detenimiento este supuesto, la cláusula en la que se estipule que el titular de un bien sobre el que recae una hipoteca en garantía de una deuda no pueda realizar actos dispositivos sobre el mismo, puede llegar a considerarse abusiva. En esta línea se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre de 2009⁷⁹, en la que declara que no es válida la cláusula en la que se condicione a un hipotecante con una prohibición de enajenar. Además, por la naturaleza esencial del derecho real de hipoteca, en caso de transmisión de la finca hipotecada, el deudor no se libera de la deuda, ni el tercer poseedor se convierte en deudor. Este solo será responsable con el bien hipotecado, pues el bien se transmite con la carga de la hipoteca, impidiendo que el deudor se libere de la deuda por la transmisión del inmueble a un tercero. En el caso de que el deudor hipotecario quisiera transmitir la deuda a un tercero, se requerirá la autorización del acreedor hipotecario, no siendo necesaria esta

⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de diciembre de 2019, 471/2019, rec. 406/2019, EDJ 2019/837248.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 16 de diciembre de 2009, 792/2009, rec. 2114/2005, FJ: Decimotercero, EDJ 2009/327236.

⁷⁹ STS 16 diciembre 792/2009, cit.

para poder transmitir a un tercer poseedor el bien que garantiza la deuda, es decir, el bien hipotecado.

En definitiva, la prohibición de disponer que se impusiese en la escritura por la que se constituya una hipoteca en garantía de un préstamo no adquiriría en ningún caso la eficacia registral del art. 26 LH. Además, se podría defender la ineficacia de dicha obligación en la medida en la que se entienda contraria al propio derecho real de hipoteca.

4.8 ¿Cabe la figura de la posposición en cuanto a las prohibiciones de disponer, aunque no se consideren verdaderos derechos reales?

En nuestro derecho, la posposición del rango consiste en alterar de manera voluntaria el orden en el que se encuentran constituidos distintos derechos reales consecutivos. Suele ser frecuente la posposición que se da entre una condición resolutoria y una hipoteca futura, dándose por ejemplo el supuesto en el que un comprador que no ha terminado de pagar el precio de una finca y por ello tiene inscrita una condición resolutoria, y solicite financiación para poder acabar de pagar el precio. El acreedor hipotecario exigirá la posposición de la condición resolutoria de manera que se anteponga la hipoteca a la condición⁸⁰. Como hemos venido analizando a lo largo del presente trabajo, las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales, por tanto, *a priori*, no se consideraría una carga equiparable frente a una hipoteca como para poder negociar su rango registral. No obstante, la Dirección llega a entender que, en determinados casos, dado que la prohibición de disponer actúa conforme a la voluntad de las partes que la impusieron, puede permitirse trasladar el momento en el que despliegue sus efectos.

En la Resolución de la DGRN 2 de noviembre de 2018 se analiza en particular dos cuestiones, la primera alude a la inscripción de la constitución de una hipoteca sobre un bien inmueble en garantía de un préstamo sobre el que recae una prohibición de disponer voluntaria que emana de un acto a título gratuito. La segunda cuestión versa sobre la posibilidad de la figura de la posposición de la prohibición de disponer, de manera que, en virtud de la voluntad del propietario del bien y con el consentimiento de los donantes, la hipoteca tenga carácter de previa⁸¹.

⁸⁰ FLORIT, E. “*Posposición, reserva, permuta y pacto de igualdad de rango hipotecario*” Florit Abogados, 20 diciembre 2014, (disponible en https://www.florit-abogados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=40:posposicion-reserva-permuta-y-pacto-de-igualdad-de-rango-hipotecario&catid=17&lang=es&Itemid=127; última consulta 14/04/2020)

⁸¹ Resolución de 2 de noviembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Barcelona

La Dirección, como en su Resolución de 9 de junio de 2012⁸², distingue entre la prohibición de disponer de la de enajenar, manifestando que esta última impide el acceso al registro de actos traslativos del dominio, pero no de aquellos que, aun siendo dispositivos no impliquen enajenación, como es el caso de los derechos reales frente a terceros.

En el caso que se presenta, se trata de una prohibición de disponer y no de enajenar y “siendo la constitución de la hipoteca un acto inequívocamente dispositivo, esta queda afectada por la citada prohibición”⁸³. No obstante, continúa diciendo la Dirección que la configuración de la prohibición puede ser moldeada por la voluntad de los donantes, es decir, de los sujetos que otorgaron el acto por el que se grava la prohibición de disponer voluntaria. Por ende, si media el consentimiento de estos, no habría problema en cuanto a la constitución de hipoteca sobre el inmueble.

En cuanto a la posibilidad de posponer la prohibición de disponer frente a la hipoteca con el consentimiento de los que la impusieron, establece la Dirección que la figura de la posposición solo se permite cuando se trata de derechos reales y, como hemos analizado con anterioridad, la prohibición de disponer no es un derecho real pero sí que tiene la consideración de carga registral. No obstante, dado que se consta con el consentimiento de los donantes, permite la posposición de la prohibición al establecer que “la admisión de dicho pacto de posposición y de su inscripción registral redundará en una mayor claridad de la situación registral de la finca, en una mayor eficacia de la garantía hipotecaria y, en consecuencia, en la posibilidad de acceso al crédito que a la misma acompaña, todo ello sin lesionar ningún interés de conflicto”⁸⁴. Por todo ello, sí que cabría la posposición de la prohibición de disponer en la medida en que supone una modificación de esta realizada por los que la impusieron. En consecuencia, si no se contase con el consentimiento de los donantes, no cabría posponer la prohibición.

n.º 8, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario y posposición de prohibición de disponer. Publicada en el BOE el 22 de noviembre de 2018.

⁸² Resolución de 9 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad n.º 1 de Lugo, por la que se deniega la inscripción de un derecho real de hipoteca. Publicada en el BOE el 12 de julio de 2012

⁸³ Resolución de 2 de noviembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Barcelona n.º 8, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario y posposición de prohibición de disponer. Publicada en el BOE el 22 de noviembre de 2018.

⁸⁴ Resolución DGRN de 2 de noviembre de 2018, cit.

Cuestión distinta sería si se tratase de una prohibición de disponer judicial o administrativa, en cuyo caso habría que rechazar la posibilidad de posponer la prohibición, dado que no puede ser modificada tras su imposición salvo cuando expresamente lo decida la autoridad competente puesto que el órgano judicial que acuerde su imposición puede determinar su alcance y contenido como le autoriza la LEC en sus arts. 762.3, 727.6 y 727.11.

Por tanto, cuando medie el consentimiento de los implicados, será posible inscribir la posposición de una prohibición de disponer voluntaria a una hipoteca que se constituya sobre el bien afectado por la prohibición, siempre y cuando lo que se pretenda sea conforme a la causa que motivó el nacimiento de esta.

4.9 ¿Es posible realizar una novación modificativa de un préstamo hipotecario constituido sobre un bien inmueble gravado o anotado con una prohibición de disponer?

En materia contractual, en base a lo dispuesto en el art. 1255 CC por el que se defiende la autonomía de la voluntad, las partes ostentan la facultad de modificar la relación obligatoria, por ejemplo, en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria las partes podrán alterar el contenido cuando lo estimen conveniente. Cabe por tanto plantearse la duda de si es posible realizar una novación modificativa de un préstamo hipotecario que se constituyó con anterioridad al acceso al Registro de una prohibición de disponer, después de su correspondiente acceso registral. Es decir, si la prohibición de disponer afecta a la novación modificativa de un préstamo hipotecario inscrito con anterioridad al acceso al registro de la prohibición.

El art. 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y la modificación de los Préstamos Hipotecarios⁸⁵ sostiene, en caso de modificación de préstamo hipotecario, la inalterabilidad del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. Por tanto, *a priori*, podríamos pensar que, mientras no se altere el rango de la hipoteca, se podrá realizar una novación modificativa de un préstamo hipotecario gravado con una prohibición de disponer.

⁸⁵ Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y la modificación de los Préstamos Hipotecarios. Publicada en el BOE el 4 de abril de 1994.

No obstante, la DGRN en su Resolución del 24 de octubre de 2012 se plantea la cuestión de si la modificación de una hipoteca sobre un inmueble se ve afectada por una prohibición de disponer impuesta judicialmente con anterioridad a la modificación. Es decir, primero accede al Registro y por tanto el inmueble se grava con la prohibición de disponer judicial y, con posterioridad, se pretende inscribir una novación de un préstamo hipotecario anterior a la prohibición. Con dicha novación modificativa lo que se pretende es dejar establecidos el plazo de amortización, el interés y la cuota de amortización.

La Dirección resuelve la cuestión y no sigue exactamente el razonamiento descrito en la Ley 2/1994 de subrogación y novación de Préstamos Hipotecarios ya que el Centro Directivo explica que la novación modificativa de un préstamo hipotecario no implica una alteración del rango de la hipoteca, pero sí una modificación que afecta a la eficacia del derecho real, pues el art. 130 LH establece que “el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”.

Añade que la anotación en el Registro de la prohibición de disponer impuesta judicialmente **produce el cierre registral total** para cualquier acto posterior llevado a cabo por el titular del inmueble y dados los términos empleados por el órgano judicial que la dictó (vender, gravar, enajenar y disponer) se puede interpretar que la voluntad es que no se altere ni la titularidad dominical ni el contenido del gravamen⁸⁶. De este modo, el único sujeto competente para poder alterar cualquier elemento de la hipoteca del inmueble sobre el que se encuentra gravada la prohibición de disponer será el órgano judicial, en la medida en que fue este quien impuso la prohibición.

En conclusión y a tenor de lo expuesto, ha de entenderse que la DGRN considera que la prohibición de disponer judicial produce el cierre del registro y no admite el acceso de una novación en la que se modifica el tipo de interés o el plazo.

Hemos analizado los efectos de una prohibición de disponer judicial, pero podemos plantearnos qué ocurriría si la prohibición de disponer fuera voluntaria impuesta en un acto gratuito y, por tanto, susceptible de acceso a los libros registrales. En relación con

⁸⁶ Resolución de 24 de octubre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Barcelona n.º 18, por la que se suspende la inscripción de una escritura pública de novación de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 20 de noviembre de 2012.

esta posibilidad de realizar una novación modificativa de un préstamo hipotecario que existía con anterioridad a la inscripción en el Registro de una prohibición de disponer voluntaria, con posterioridad a esta, atendiendo ante todo y previamente al contenido de la prohibición y de la intención del que la impone, podemos distinguir dos supuestos.

El primero es aquel en el que en el acto a título gratuito por el que se impone la prohibición de disponer se estipula expresamente, en el contenido de esta, la posibilidad o imposibilidad de poder novar el préstamo hipotecario inscrito con anterioridad. En cuyo caso no cabría aplicar otra solución más que la manifestada o impuesta por los donantes.

El segundo supuesto es aquel en el que no se ha prohibido expresamente la novación. En este punto podríamos indicar a su vez dos casos diferentes. Un primer escenario en el que la novación implique una modificación del contenido del derecho de hipoteca que agrave o modifique perjudicialmente los efectos de este en su ejecución. En este encuadre, podemos defender que nos encontramos en una situación semejante a la prohibición de disponer judicial y, por tanto, no sería accesible al registro cualquier acto novativo que alterara el contenido del derecho en perjuicio de la prohibición impuesta. Un segundo escenario sería aquel en que la novación implicara una reducción del derecho de hipoteca, por ejemplo, con una disminución del tipo de interés aplicable o del importe del capital. En este caso, la novación consistiría en una disminución del gravamen hipotecario que no afectaría a la prohibición de disponer ya que esta última no queda perjudicada. Al contrario, por la teoría de la elasticidad del derecho dominical⁸⁷, varias facultades integrantes de la hipoteca volverían al derecho de propiedad al reducirse el contenido del gravamen. En consecuencia, podría defenderse que este segundo escenario sí que tendría acceso al Registro de la Propiedad por no perjudicar la finalidad de la prohibición de disponer voluntaria.

4.10 ¿Se encuentra dentro del ámbito objetivo de la prohibición de disponer un pacto con opción de compra?

El contrato de opción de compra es definido por la jurisprudencia como el convenio entre dos partes, concedente y optante, mediante el cual el primero concede al segundo la “facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas

⁸⁷ RIVERA SABATÉS, V., “*La propiedad privada y su índole elástica*”, Foro, Nueva época, vol. 16, n. 2, 2013, p. 231-257.

condiciones”. En cuanto a los elementos principales de este tipo de contratos, destacan la determinación del objeto, la concesión del optante del derecho a decidir sobre la realización de la compraventa e indicar con la concreción suficiente el precio por el que se realizará la opción⁸⁸.

Cabe así plantearse la cuestión de si la opción de compra es una figura que se encuentra o no en el ámbito objetivo de la prohibición de disponer. En su resolución del 17 de marzo de 2017 la DGRN viene a concretar que, dentro del concepto de enajenación, analizado desde un punto de vista restrictivo, no se comprende el de constitución de un derecho de opción de compra, pues sólo se produciría la enajenación si la opción llega a ejercitarse. No obstante, al igual que con la hipoteca, para que fuera compatible con la prohibición de disponer, sería necesario pactar la demora de su ejercicio “hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta”⁸⁹ ya que de lo contrario se estaría incumpliendo la prohibición “al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo de limitación y quedaría frustrada la voluntad de la testadora”⁹⁰ (RDGRN 17 marzo 2017). No se puede confundir esto con la obligación que tiene el concedente de un derecho de opción de compra antes del ejercicio de la opción, por el cual no podrá disponer del bien sobre el que recae. El Tribunal Supremo ha determinado que la principal obligación que surge del precontrato de opción de compra, incluso antes del ejercicio de la opción, se basa en, además de no retirar la oferta, “no disponer del bien ofrecido durante el plazo estipulado” para el ejercicio de la opción plazo dentro del cual “el optante puede hacer uso de la misma, comunicándolo al optatario o concedente, en cuyo caso, consumada la opción, se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa y nacen sus obligaciones” (SSTS 3 de febrero de 2020⁹¹, 5 de julio de 2006⁹², 15 de julio de 2005⁹³). No obstante, esta prohibición de disponer que afecta al concedente de la opción no constituiría una prohibición de disponer amparada por el art. 26 LH, porque es una prohibición voluntaria en el entorno de un contrato oneroso, consecuentemente no

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 3 de febrero, n.º 67/2020, rec. 2680/2017, FJ: Segundo, EDJ: 2020/507451.

⁸⁹ Resolución de 17 de marzo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Zaragoza n.º 14, por la que se deniega la inscripción de una escritura de opción de cesión de aprovechamiento urbanístico. Publicada en el BOE el 4 de abril de 2017.

⁹⁰ Resolución de 17 de marzo de 2017, cit.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 3 de febrero 67/2020, rec. 2680/2017 FJ: Segundo.

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), de 5 de julio, n.º 752/2006, rec. 4316/1999, FJ: Segundo, EDJ 2006/98683.

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 15 de julio, 580/2005, rec. 504/1999, FJ: Quinto, EDJ 2005/139910.

tendría acceso al Registro de la Propiedad. Lo que es coherente con la máxima de que el contrato de opción no cierra el Registro.

5. CONCLUSIONES

A la luz del estudio realizado en el presente trabajo sobre las prohibiciones de disponer en el derecho español, podemos concluir que estas limitaciones al poder de la disposición no son verdaderos derechos reales, pero ello no implica que carezcan de posibilidad de acceder al Registro. En base a la LH (arts. 26 y 27), gozan de posible acceso registral las prohibiciones judiciales y administrativas, así como las voluntarias que nacen de actos a título gratuito. Las prohibiciones de disponer impuestas por actos realizados a título oneroso no tienen acceso al Registro, y, por tanto, no tendrán sino eficacia puramente obligacional y no frente a terceros, surtiendo solamente efectos entre las partes que hayan pactado.

En relación con los efectos que producen las prohibiciones de disponer frente a la hipoteca sobre un bien inmueble que garantiza una deuda, destacan las siguientes conclusiones doctrinales:

PRIMERA.- La DGRN, como regla general, no admite la constitución de hipoteca en el supuesto de que exista inscrita una prohibición voluntaria genérica de vender, ceder o por cualquier otro título transmitir una finca. Esto se debe a que la atribución del *ius vendendi* es un elemento esencial del derecho de hipoteca. De esta forma, cuando se constituye un gravamen hipotecario, los efectos que derivan del incumplimiento de la obligación que se garantiza escapan del ámbito de actuación tanto del titular que impuso la prohibición como del deudor hipotecario.

SEGUNDA.- La conclusión anterior es susceptible de matizaciones, pues la DGRN admite la constitución de hipoteca en el supuesto de que exista inscrita una prohibición voluntaria genérica de vender, ceder o por cualquier otro título transmitir la finca, si acreedor y deudor expresamente convienen subordinar el ejercicio de la ejecución hipotecaria en caso de incumplimiento de la obligación garantizada hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta en el Registro.

Así, si el acreedor y deudor hipotecario estipulan que no se procederá a la ejecución de la hipoteca hasta que no se cancele la prohibición de disponer, el *ius vendendi* del acreedor no se estaría viendo limitado y por lo tanto no se estaría incumpliendo la referida prohibición.

TERCERA.- La DGRN aplica el mismo criterio empleado en la conclusión anterior a la inscripción de la constitución de hipoteca en caso de que exista anotada una prohibición de enajenación ordenada en procedimiento judicial.

De esta forma, admite que, es válida la constitución de un derecho real de hipoteca sobre un bien cuando se encuentre anotada una prohibición de disponer judicial, siempre que, en la propia escritura de constitución de la hipoteca, convengan acreedor y deudor que, en caso de que no fuese satisfecha la deuda a su vencimiento, no podrá ejecutarse la hipoteca mientras no queden resueltas las anotaciones judiciales de prohibición referidas.

CUARTA.- La DGRN en sede de prohibiciones de disponer establecidas en Real Decreto de medidas de financiación de VPO, responde que no son obstáculo para la constitución de una segunda hipoteca sobre una vivienda sujeta ya a una primera constituida en garantía de un préstamo cualificado, sin perjuicio de que, en caso de ejecución de esta hipoteca, la válida transmisión de la finca requerirá bien el transcurso del plazo, bien el cumplimiento de los supuestos habilitantes establecidos por la legislación correspondiente para la transmisión de las fincas, previo reintegro de las ayudas recibidas: en definitiva, cumplir en la fase de ejecución la normativa de las limitaciones de las viviendas de protección oficial.

QUINTA.- Cuando se pretenda constituir una hipoteca sobre un bien sobre el que existe una prohibición de disponer que no está inscrita o gravada en el Registro, se entiende que la prohibición carece de eficacia registral, su incumplimiento supondrá un incumplimiento contractual.

SEXTA.- Por último, en cuanto a los efectos de una prohibición de disponer posterior a la inscripción de una hipoteca, es preciso distinguir entre los supuestos en los que se trate de una prohibición administrativa o judicial, y aquellos en los que sea voluntaria.

De esta forma, cuando estemos ante una prohibición judicial o administrativa, si se ejecuta una hipoteca anterior a la inscripción de la prohibición, no estaríamos ante un acto de disposición voluntaria sino una ejecución forzosa, lo que implica que no se verá afectada la realización del bien por la prohibición pues esta solo despliega efectos en cuanto se refiere a actos dispositivos. Además, este principio de prioridad registral se plasma en cuanto a las disposiciones de disponer judiciales o administrativas en el art. 145 RH.

Por otro lado, si estamos ante una prohibición voluntaria rige el principio de prioridad del art. 17 LH, principio fundamental en Derecho Registral. De esta forma, como la hipoteca

no cierra el Registro, es posible inscribir una prohibición de disponer voluntaria con posterioridad a la inscripción de la hipoteca. No obstante, dada la prioridad de esta última, en caso de ejecución del bien, la prohibición no desplegaría ningún efecto y se procedería a su cancelación.

SÉPTIMA.- La prohibición de disponer que se impusiese en la escritura por la que se constituya una hipoteca en garantía de un préstamo no adquiriría en ningún caso la eficacia registral del art. 26 LH, pues se trataría de una prohibición de disponer voluntaria que nace de un título oneroso, es decir, un supuesto del art. 27 LH. De esta forma, su infracción sólo provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

OCTAVA.- En determinados casos es posible posponer el rango de una prohibición de disponer pese a no tener considerarse un verdadero derecho real. Así, para que la posposición de una prohibición de disponer frente a una hipoteca sea válida, será necesario el consentimiento de los que impusieron la prohibición. No obstante, se deberá respetar la causa por la que se impuso pues de lo contrario se estaría desvirtuando.

NOVENA.- En relación con realizar una novación modificativa de un préstamo hipotecario constituido sobre un bien inmueble gravado o anotado con una prohibición de disponer, entiende la DGRN que, si se trata de una prohibición de disponer judicial, se produce el cierre total del Registro, por lo que no se podrá realizar ninguna novación.

Por otro lado, si se trata de una prohibición voluntaria, se entiende que, la validez de la novación dependerá, de la voluntad de los que impusieron la prohibición o, en caso de no haberse pronunciado, de los efectos que pretenda producir la modificación. De forma que, si, en el acto en el que se impone la prohibición no se menciona la posibilidad o imposibilidad de novar el préstamo hipotecario, y, como consecuencia de la modificación, se perjudica al deudor, se estaría incumpliendo la prohibición de disponer. Si por el contrario se beneficia al deudor, por ejemplo, disminuyendo el gravamen hipotecario, no se estaría atentando contra la prohibición, por lo que se entiende que no habría problema en aceptar esta novación modificativa.

DÉCIMA.- *A priori*, un pacto de opción de compra supone un incumplimiento de la prohibición de disponer, pues se considera necesario que se conserven los bienes dentro del patrimonio durante el plazo de la prohibición. De esta forma, para que un pacto de opción de compra sea compatible con una prohibición de disponer, será necesario que se

convenga entre las partes que no se ejercitará la opción de compra hasta que se produzca la cancelación de la prohibición.

No obstante, esto no debe confundirse con la obligación del concedente de un derecho de opción de compra de no disponer del bien sobre el que recae la opción, pues esta no es una prohibición de disponer del art. 26 LH.

UNDÉCIMA.- Los pronunciamientos de la DGRN en relación con la hipoteca de bienes inmuebles con restricción al poder de disposición pueden considerarse fundamentales dada la escasa regulación de las prohibiciones de disponer y la gran importancia que ha adquirido el derecho real de hipoteca en nuestro ordenamiento. En base al análisis realizado de estos pronunciamientos, podemos afirmar que los efectos que causan las prohibiciones de disponer sobre el derecho de hipoteca variarán en función del caso concreto, defendiendo siempre la seguridad jurídica propia del derecho hipotecario.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1 Legislación

Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. Publicada en el BOE 16 de abril de 1947

Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y la modificación de los Préstamos Hipotecarios. Publicada en el BOE el 4 de abril de 1994

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Publicada en el BOE 25 de noviembre de 1994) EDL 1994/18384

Real Decreto 139/2020 de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Publicado en el BOE el 29 de enero de 2020.

Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 1998-2001. Publicado en el BOE el 26 de junio de 1998.

6.2 Obras doctrinales

FLORIT, E. “*Posposición, reserva, permuta y pacto de igualdad de rango hipotecario*” Florit Abogados, 20 diciembre 2014, (disponible en https://www.florit-abogados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=40:posposicion-reserva-permuta-y-pacto-de-igualdad-de-rango-hipotecario&catid=17&lang=es&Itemid=127; última consulta 14/04/2020).

ALBALADEJO GARCÍA, M., “*Derecho Civil I: Introducción y parte general*”, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, 12ª ed.

AMORÓS GUARDIOLA, M. “*Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente*” Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1965.

CABALLERO LOZANO, J.M., “*Las prohibiciones de disponer. Su proyecto como garantía de las obligaciones*”, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. "*Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro*", José María Bosch Editor, Barcelona, 2006.

CAÑIZARES LASO, A. "*La eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias*" *Anuario de derecho civil*, vol. 44, n. 4, 1991.

DE PABLO CONTRERAS, P.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, "*Curso de Derecho Civil (III) Derechos Reales*", Edisofer, Madrid, 2014.

DÍEZ PICAZO, L., "*Fundamentos del derecho civil patrimonial*". Civitas, Madrid, 2008.

DOMENGE AMER, B. "*Las prohibiciones voluntarias de disponer*", Civitas, Palma de Mallorca, 1996.

DE CASTRO, F., ROCA SASTRE, R.M, PEÑA, M., LACRUZ, J.L, GARCÍA GARCÍA, AMORÓS GUARDIOLA, M. "*La causa el crédito hipotecario*", Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1990.

FAUS I PUJOL, M., "*Práctico Derecho Registral; la hipoteca condicional*", VLex 12602, 2020 (disponible en <https://practicos-vlex.es/vid/hipoteca-condicional-332728>; última consulta 15/04/2020)

GOICOA IRURZÚN, D., "*El poder de disposición. Un apunte sobre el mismo*", Revista el Notario del Siglo XXI, n. 24, marzo-abril 2009 (disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1627-el-poder-de-disposicion-un-apunte-sobre-el-mismo-0-5389843886149902>; última consulta 25/04/2020)

GÓMEZ GÁLLIGO F.J, "*Las Prohibiciones de disponer en el derecho español*", Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992.

LÓPEZ MAZA, S., "*Prohibiciones de disponer: cuestiones generales y alguna que otra particular*", Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019.

MARQUEÑO DE LLANO, M., "*Prohibiciones Testamentarias De Disponer*", José María Bosch Editor, Barcelona, 2003.

MARTÍN BRICEÑO, M. R., *"Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer su validez y eficacia jurídica"*, Actualidad Civil, 2010.

MATEO SANZ, J. B., *"Comentario al artículo 26"*, en *"Comentarios a la Ley Hipotecaria"*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.

RIVERA SABATÉS, V., *"La propiedad privada y su índole elástica"*, Foro, Nueva época, vol. 16, n. 2, 2013.

ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LL. y BERNÀ XIRGO, J., *"Derecho hipotecario"*, T. V, 9ª edic., edit. Bosch, Barcelona 2008.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *"Las prohibiciones de disponer voluntaria: extinción y cancelación"*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 557, 1983.

6.3 Jurisprudencia

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de diciembre de 2019, 471/2019, rec. 406/2019, EDJ 2019/837248

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 15 de julio, 580/2005, rec. 504/1999, FJ: Quinto, EDJ 2005/139910.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 16 de diciembre de 2009, 792/2009, rec. 2114/2005, FJ: Decimotercero, EDJ 2009/327236.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 19 de abril de 1975, 168/1975, EDJ 1975/370.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 26 de septiembre 680/2011, rec. 473/2005, EDJ 2011/224285.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 3 de febrero 67/2020, FJ: Segundo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 3 de febrero, n.º 67/2020, rec. 2680/2017, FJ: Segundo, EDJ: 2020/507451.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil), de 5 de julio, n.º 752/2006, rec. 4316/1999, FJ: Segundo, EDJ 2006/98683.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 2016, 512/2016, rec. 2507/2014. EDJ 2016/117460.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2008, 15/2008, rec. 5634/2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril 221/2019, rec. 15/2017, FJ: Segundo, EDJ: 2019/555293.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 30 de diciembre 981/2011. FJ Tercero, EDJ 2011/313624.

6.4 Resoluciones de la DGRN

Resolución de 10 de diciembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Marbella n.º 3, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria. Publicada en el BOE el 28 de diciembre de 2015

Resolución de 13 de abril de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Lleida n.º 1 a inscribir testimonio de decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Publicada en el BOE el 21 de mayo de 2012

Resolución de 13 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Piedrabuena, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aumento de capital. Publicada en el BOE el 25 de junio de 2018.

Resolución de 13 de octubre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de A Coruña don Nelson Rodicio Rodicio, frente a la negativa de la Registradora de la Propiedad de A Coruña número 4, por incompatibilidad del titular del Registro de la Propiedad de A Coruña 1, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia. Publicada en el BOE el 25 de noviembre de 2005.

Resolución de 16 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Callosa de Segura, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa sujeta a prohibición de disponer. Publicada en el BOE el 10 de agosto de 2015.

Resolución de 17 de marzo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Zaragoza n.º 14, por la que se deniega la inscripción de una escritura de opción de cesión de aprovechamiento urbanístico. Publicada en el BOE el 4 de abril de 2017.

Resolución de 18 de enero de 1963 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo impuesto por don Joaquín Dalmases Jordana, Notario de Barcelona, contra calificación del Registro de la Propiedad número 5 de dicha capital. Publicada en el BOE el 6 de febrero de 1963.

Resolución de 2 de noviembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Barcelona n.º 8, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario y posposición de prohibición de disponer. Publicada en el BOE el 22 de noviembre de 2018.

Resolución de 20 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 40, por la que se suspende anotación preventiva de sentencia relativa a la atribución de un derecho de uso. Publicada en el BOE el 17 de julio de 2019

Resolución de 21 de marzo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de San Javier n.º 2, por la que acuerda denegar la práctica de inscripción de una escritura de donación. Publicada en el BOE el 6 abril de 2018.

Resolución de 24 de octubre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Barcelona n.º 18, por la que se suspende la inscripción de una escritura pública de novación de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 20 de noviembre de 2012.

Resolución de 25 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra calificación del registrador de la propiedad de Las Palmas de Gran Canaria n.º 3, por la que se deniega la inscripción de una prohibición de disponer sobre un inmueble, en una escritura de donación. Publicada en el BOE el 26 de julio de 2013.

Resolución de 26 de julio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Madrid n.º 33, por la que suspende la inscripción de un testimonio de sentencia dictada en procedimiento ordinario ordenando la cancelación de determinadas inscripciones. Publicada en el BOE el 4 de agosto de 2018.

Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de Gandía n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 26 de marzo de 2019.

Resolución de 28 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Falset, por la que se suspende la anotación de un embargo constando anotada previamente una prohibición de disponer dictada por la Administración Tributaria. Publicada en el BOE el 23 de noviembre de 2015.

Resolución de 31 de julio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I

de Palma de Mallorca a inscribir determinada cláusula de los estatutos de una sociedad. Publicada en el BOE el 14 de septiembre de 2018.

Resolución de 5 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Amposta n.º 2, de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución de título judicial por existir sobre la finca una prohibición judicial de disponer. Publicada en el BOE el 6 de junio de 2016.

Resolución de 9 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad n.º 1 de Lugo, por la que se deniega la inscripción de un derecho real de hipoteca. Publicada en el BOE el 12 de julio de 2012.

Resolución de 15 de julio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Granollers n.º 3 a inscribir una escritura de novación de un préstamo hipotecario. Publicada en el BOE el 24 de septiembre de 2013.