

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15942 *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.*

En el recurso interpuesto por doña Elena Romeo García, notaria de Barcelona, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Barcelona número 8, doña María Teresa Alonso Prado, por la que suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario y posposición de prohibición de disponer.

Hechos

I

El día 20 de abril de 2018, ante la notaria de Barcelona doña Elena Romeo García, y con el número 339 de protocolo, se otorgó escritura de formalización de préstamo hipotecario y posposición de prohibición de disponer.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Barcelona número 8, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad n.º 8 de Barcelona.

Documento calificado: Escritura de préstamo hipotecario autorizada el día 20 de abril de 2018, por la Notario de Barcelona, Doña Elena Romeo García, número 339 de protocolo.

Calificado el precedente documento, se suspende el día de hoy la inscripción del mismo, teniendo en cuenta los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

1.º El documento precedente fue presentado en este Registro de la Propiedad el día 20 de abril de 2018, causando el asiento de presentación número 724 del Diario 113.

2.º Incidencias a efectos del plazo de inscripción:

Aportada copia auténtica liquidada el día 22 de mayo de 2018.

3.º En dicho documento, los esposos [sic] Don A. L. C., constituye hipoteca a favor de la entidad "Banco de Sabadell, S.A.", sobre la finca registral 26.598.

Hechos.

Se suspende la inscripción del precedente documento por observarse el siguiente defecto:

I. Se suspende la inscripción del precedente documento por no ser posible aplicar la figura de la posposición de una prohibición de disponer, que nada tiene que ver con el rango hipotecario, a una hipoteca otorgada con posterioridad. La figura de la posposición sólo es posible tratándose de cargas equiparables que tienen un rango registral negociable por voluntad de sus titulares, tales como hipoteca o la condición resolutoria.

Fundamentos de derecho.

Art. 241 RH.

Resolución 13 octubre 2005.

Las prohibiciones de disponer no son derechos reales sino restricciones impuestas a un titular sin atribución de un correlativo derecho a otras personas.

La posposición constituye una de las manifestaciones de negociación del rango hipotecario que, por extensión, se aplica a la condición resolutoria, como ha sido admitido desde siempre por la DGRyN. Su aplicación debe interpretarse restrictivamente y así se deduce de numerosas resoluciones que rechazan su extensión a otras figuras afines como las anotaciones de embargo.

En el caso presente, no es posible equiparar una prohibición de disponer a una carga real tal como la hipoteca o condición resolutoria, puesto que se trata de una figura de naturaleza distinta que implica una disminución de la facultad dispositiva de los bienes durante un período de tiempo y puede levantarse con el concurso de los disponentes o, en su defecto, con autorización judicial. En la escritura calificada, los beneficiarios de la prohibición consienten el acto de gravamen que la hipoteca supone, si bien limitado su consentimiento al acto concreto instrumentado. Cualquier novación o ampliación de hipoteca posterior que suponga una nueva carga o un nuevo acto dispositivo, requerirá una nueva prestación de consentimiento de los titulares que impusieron la prohibición, sin que quepa negocio jurídico alguno sobre la preferencia o rango de dicha prohibición de disponer.

La subsanación del defecto sólo es posible si ambas partes, acreedor y deudor, suprimen o tienen por no puesta la posposición contenida en la escritura firmando de nuevo dicha rectificación.

En dicha escritura pública, figuran algunas cláusulas que no pueden acceder al Registro respecto de las siguientes, si constaren en el precedente documento, que son objeto de denegación:

Se ha inscrito a los efectos previstos en el art 693 LEC el pacto de vencimiento anticipado para el caso de impago de alguna de las cuotas pactadas de capital o de intereses ordinarios o de demora.

De conformidad con el art. 12 LH, se ha inscrito el derecho de hipoteca en los siguientes términos:

a) Los pactos que forman parte estrictamente de la garantía hipotecaria y gozan de trascendencia real tales como los relativos al capital, amortización, intereses ordinarios y de demora, los referentes a la naturaleza unitaria o parciaria de la hipoteca, la extensión objetiva respecto de la obligación principal o accesorias, su extensión sobre la finca y derechos hipotecados; determinaciones procesales de la ejecución -tasación, domicilio, etc.; ejecución extrajudicial o convenio de realización de valor; estipulaciones sobre el rango; pactos relativos a la acción de devastación; duración de la hipoteca.

b) Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras en los términos que resultan de la escritura y no son contrarias a normas imperativas o prohibitivas y no han sido declaradas abusivas, de conformidad con lo previsto en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios y en la STS 16 diciembre 2009. Así, no se ha practicado inscripción alguna respecto de las siguientes, si constaren en el precedente documento, que son objeto de denegación:

– El pacto de vencimiento por la existencia de cargas sobre la/s finca/s hipotecada/s, por no limitarse a las que no constan en la escritura que se inscribe y que puedan tener rango prioritario (Resoluciones de 17-3-1994 y 2-2-1998).

– El pacto de vencimiento por no inscripción, dado su carácter superfluo una vez practicada la inscripción si la misma es expresamente solicitada por el interesado pese a darse la circunstancia prevista.

– El pacto de vencimiento anticipado para el caso de que la parte prestataria sea declarada en concurso, ya que el art. 61-3 Ley Concursal expresamente dispone que se

ha de entender como no puesto, salvo en aquellos supuestos en que la legislación concursal lo permita, como es el caso del art. 71 bis de la Ley Concursal 22/2003. Asimismo, el pacto de vencimiento anticipado en caso de ejecución o embargo de la finca hipotecada por ser ajeno al préstamo garantizado y vulnerar los arts. 131 y 133 LH y 1129.1 ce. Resolución DGRyN 8 junio 2001 y 3 octubre 2014. Lo mismo es aplicable a los pactos relativos a la disminución del patrimonio, riesgo de insolvencia, impago de otras obligaciones ajenas al contrato o existencia de cualquier acción judicial o extrajudicial que haga desmerecer la solvencia del prestatario. Dicha cláusula sería ilícita por abusiva, produce un manifiesto desequilibrio contractual y debe rechazarse a juicio del TS (S. 16 diciembre 2009).

– El pacto de vencimiento anticipado por incapacidad sobrevenida, fallecimiento o paro del deudor, incluso del fiador por indeterminación y ajenidad a la obligación garantizada, extralimitándose respecto al art. 1256 y 1129. R 8 junio 2011. También por contravenir el art. 1112 y 1829 del Código civil y 61.3 Ley Concursal. Res. 3 octubre 2014.

– El pacto de vencimiento anticipado en caso de enajenación de la finca hipotecada por infringir normas imperativas como los artículos 27 y 107.3 de la Ley Hipotecaria y ser contrario al principio de libertad de contratación (art 38 CE).

Tampoco se hace constar en el asiento la prohibición absoluta de arrendar sin consentimiento del acreedor o en que se anticipen rentas, o con rentas bajas por suponer una minoración de la finca. Res. 28 abril 2015.

– El pacto de vencimiento anticipado por disminución del valor de la finca “a juicio del prestamista o apreciada por perito vinculado a ésta”, si no se amplía la garantía a otros bienes, por ser contrario al art. 1256 cc y 83 LGDCU.

El mismo criterio se aplicaría al supuesto de no asegurar la finca en compañía de reconocida solvencia “a juicio del acreedor”.

– El pacto de vencimiento anticipado por incendio o deterioro de la finca en más de la cuarta parte sin dar al prestatario la opción de ampliar la garantía. Art. 5.3 Ley 2/1981 del Mercado Hipotecario y art. 1129.3 cc. Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona I de abril de 2011.

– El pacto de vencimiento anticipado por causa de expropiación porque ha de estarse a la legislación reguladora que es la Ley de Expropiación Forzosa en sus arts. 4 y 8 y los arts. 8.1 y 62.4 de su reglamento. Art. 110.2 LH. Res. 25 marzo 2008.

– Las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimientos irrelevantes u obligaciones accesorias por contradecir el art 1857 cc y el principio de libertad de empresa (art. 38 CE) o cuando perjudican de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, por su carácter abusivo vg. las que vinculan el vencimiento a causas ajenas al contrato de hipoteca o al incumplimiento de cualquier obligación con cualquier entidad (STS 16 de diciembre 2009 y res. 8 junio 2011)

c) No se han hecho constar las comisiones al no estar garantizadas con hipoteca en el pacto de constitución, conforme al art 12 LH.

No se ha hecho constar el pacto de anatocismo configurado como la previsión genérica de que los intereses no satisfechos a su vencimiento se acumulen al capital para como aumento del mismo, devengar nuevos intereses, por ser contrario al principio de especialidad. Res. 20 mayo 1987 y 19 abril 2006.

Finalmente, no se han inscrito por no tener la consideración de estipulaciones financieras y tratarse de pactos personales las relativas a:

- T.A.E, por ser de carácter informativo
- pacto de compensación y la imputación de pagos.
- condiciones para la subrogación en la posición del deudor.
- obligaciones accesorias no garantizadas con la hipoteca o con cláusula de vencimiento anticipado.
- Los pactos de sumisión expresa a juez o tribunal por ser contrario al art. 90 LGDCU y 684 LEC.

– Los pactos de obtención de segundas copias con fuerza ejecutiva, fianzas, otorgamiento de poderes, advertencias notariales, informaciones tributarias o sobre Ley de protección de datos, etc.; por tratarse de pactos ajenos al Registro de la Propiedad y cuya publicidad registral no está prevista en la ley.

Siendo causa de denegación el defecto señalado bajo número 2), no se practica anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables.

La presente calificación negativa determina la prórroga de la vigencia del asiento de presentación causado por el precedente documento, en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria.

Contra la presente calificación cabe: (...)

Barcelona, 12 de junio de 2018.–La Registradora, María Teresa Alonso Prado.

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por María Teresa Alonso Prado registrador/a de Registro Propiedad de Barcelona 8, a día veintiuno de junio del año dos mil dieciocho.»

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts número 2, doña Isolda Vilches Rodríguez, quien resolvió, en fecha 19 de julio de 2018, confirmar la calificación de la registradora de la Propiedad de Barcelona número 8.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña Elena Romeo García, notaria de Barcelona, interpuso recurso el día 3 de agosto de 2018 mediante escrito y con arreglo a las siguientes alegaciones:

«Hechos.

I. La escritura calificada negativamente es de constitución de préstamo hipotecario y de posposición de prohibición de disponer.

II. La calificación negativa aquí recurrida confirmada por el Registro 2 de Sant Vicenç dels Horts suspende la inscripción por “no ser posible aplicarla figura de la posposición de una prohibición de disponer, que nada tiene que ver con el rango hipotecario, a una hipoteca otorgada con posterioridad. La figura de la posposición sólo es posible tratándose de cargas equiparables que tienen un rango registral negociable por voluntad de sus titulares, tales como la hipoteca o la condición resolutoria”.

Es por ello que el presente recurso, en tanto que la Registradora sustituta confirma en todos sus términos la nota de calificación negativa del Registro 8, contempla los argumentos aducidos en ambas calificaciones.

III. (...)

Fundamentos de derecho.

Primero.

Conforme a reiterada doctrina del Centro Directivo el objeto del recurso gubernativo es el acto de calificación; calificación que, so pena de incurrir en las responsabilidades legal y reglamentariamente previstas, debe reunir los requisitos de tempestividad y suficiencia de la motivación.

Con arreglo a esa misma doctrina, la tempestividad significa que el único momento en que el Registrador debe dar a conocer de manera precisa la totalidad de las razones en que fundamenta su calificación negativa es, precisamente, la nota de calificación, lo

que enlaza sin dificultad alguna con la proscripción constitucional de la indefensión ante un acto perjudicial de la Administración, cual es la denegación del derecho de todo ciudadano a que se inscriba el acto o negocio jurídico documentado en el título sometido a calificación. De ello se colige cabalmente que no es lícito modificar o ampliar dichas razones, en perjuicio del recurrente, en un momento posterior a la nota de calificación, pues ello vulneraría flagrantemente el citado derecho de defensa.

Igualmente, esa doctrina no sólo exige motivación sino que la motivación sea suficiente, es decir que debe plasmarse con la amplitud necesaria para que los interesados puedan defender su derecho a que el negocio documentado sea inscrito, pues sólo expresando cumplidamente las razones que justifican la negativa a inscribir es como el interesado podrá, en su caso, rebatirlas con fundamento.

Segundo.

La escritura objeto del recurso trata de la formalización de un préstamo hipotecario realizado por el titular del bien que lo recibió por donación de sus progenitores quedando afectada dicha transmisión por una prohibición de disponer establecida por los padres e inscribible y, por tanto inscrita en el Registro de la Propiedad.

Cabe recordar que la prohibición de disponer establecida en actos voluntarios no son objeto de anotación preventiva, como ocurre con las establecidas por ley u ordenadas por la autoridad judicial (art 26 y 27 LH).

En la escritura que nos ocupa comparecieron junto a la entidad acreedora no sólo el titular de la finca, sino también los progenitores que prestaron consentimiento en la formalización de hipoteca y “pospusieron” la prohibición de disponer a la inscripción de hipoteca. Literalmente se indicó que “consienten la posposición de la misma a la hipoteca que se constituye en la presente escritura, de forma que ésta, tenga el carácter de previa”.

Cabe señalar que en ningún apartado de la escritura se ha aludido al artículo 241 del Reglamento Hipotecario, en el sentido de que no se trata de hablar de “rango hipotecario” sino de que se publicite registralmente una determinada voluntad negocial, esto es, la de prestar consentimiento a la constitución de hipoteca por parte de los titulares de la prohibición de disponer, lo que implicaría el día de mañana, por un lado, no obstaculizar la hipotética ejecución y venta en pública subasta de la finca, y, por otro lado, la posposición refleja también la voluntad de los progenitores de que esta prohibición de disponer subsista sobre la finca como limitación de las facultades dispositivas del hijo.

La prohibición de disponer efectivamente, como indica la calificación del Registro número 8, no es un derecho real. La prohibición de disponer es una limitación a las facultades dispositivas del titular, pero que al igual que los derechos reales limitativos del dominio, se configura registralmente, o por lo menos así resulta de la nota simple informativa, como una carga, como la inscripción de una carga.

La inscripción de la prohibición de disponer determina el cierre registral a los actos dispositivos realizados por el propietario de la finca.

La prohibición de disponer aparece reflejada en la nota registral, y, por ende, entiendo en la certificación que se expidiese con valor fehaciente, como una carga, junto con las servidumbres, y así literalmente indica la nota registral: “Figura inscrita la descrita finca a favor de Don..., por el título de donación, sujeta a la prohibición de disponer que resulta en el apartado ‘cargas’, según consta en la inscripción 4.ª, (...)”.

Es por ello que aunque propiamente nada tiene que ver una hipoteca con una prohibición de disponer, ambas se reflejan registralmente, o por lo menos en la publicidad frente a terceros como cargas.

Añadir asimismo que en ningún caso se trata de equiparar la hipoteca (derecho real de realización de valor) con la prohibición de disponer (limitación a las facultades del dominio), pero ambas se reflejan como “cargas”.

Indica la calificación del Registro 8 asimismo: “En la escritura calificada, los beneficiarios de la prohibición consienten el acto de gravamen que la hipoteca supone, si bien limitado su consentimiento al acto concreto instrumentado”.

Efectivamente esa es la voluntad de los titulares-beneficiarios de la prohibición, consentir la actual constitución de hipoteca, y no obstaculizar en el futuro la ejecución si la hubiere, lo que corroboran con la posposición que garantiza, sin ninguna duda que en el caso de que el impago del préstamo determinase la ejecución de la hipoteca, por el principio general del art 175.2 y concordantes del RH acarrearía la cancelación de las cargas posteriores, y, por tanto de la prohibición de disponer pospuesta en este acto.

Los titulares de la prohibición de disponer han autorizado el levantamiento del cierre registral para que se inscriba la hipoteca pero en ningún caso dan por extinguida para el futuro esa prohibición de disponer que seguirá “gravando” la finca para actos dispositivos voluntarios del propietario de la finca, y por tanto cerrará el Registro a dichos actos.

Por tanto con la posposición se refleja con toda claridad que se ha prestado el consentimiento a la hipoteca y en consecuencia que como carga posterior se verá afectada por la ejecución.

Igualmente con la posposición si eventualmente se cancelara la hipoteca por pago, que determinaría la desaparición de dicho gravamen con la consiguiente cancelación, seguiría, no obstante, la vigencia de la prohibición de disponer como carga. Y ésta es la voluntad de los titulares-beneficiarios.

La calificación del Registro 8 añade: “Cualquier novación o ampliación posterior (...) requerirá una nueva prestación de consentimiento (...)”. Evidentemente la posposición de la prohibición de disponer no elimina la prohibición de disponer y cualquier acto dispositivo posterior a la hipoteca requerirá de nuevos consentimientos. En ningún caso se trata de eliminar futuros consentimientos de los titulares de la prohibición de disponer, que seguirán siendo necesarios en el futuro, sino de dar claridad a la publicidad registral, de dar claridad a las distintas “cargas” que afectan a la finca: la prohibición de disponer y la hipoteca.

Cualquier acto posterior debe tener presente los actos previos inscritos, las cargas previas inscritas, entre ellas la prohibición de disponer pospuesta.

En este sentido la calificación de la Registradora sustituta señala “(...) no es admisible que los cónyuges (...) presten su consentimiento a la posposición de la misma, dado que su propia naturaleza es incompatible con la realización de un acto como es la constitución de hipoteca con posterioridad a que dicha prohibición haya tenido acceso al Registro”.

Indicar en este sentido que es a los titulares de la prohibición de disponer a quienes les corresponde el derecho de modificar o suprimir la prohibición de disponer. Son los titulares de la prohibición los únicos que por su voluntad pueden modular y modificar el contenido y existencia de la prohibición de disponer (autonomía de la voluntad. Art.1255 CC), siempre que obviamente no se perjudiquen derechos de terceros. Y serían los únicos que podrían extinguirla. Son los titulares de la prohibición los únicos que en definitiva pueden levantar el cierre registral.

Igualmente la modificación de los asientos registrales requiere el consentimiento de sus titulares. Y en este caso consta el consentimiento de todos los interesados (propietario de la finca, titulares de la prohibición de disponer y entidad bancaria) sin que implique ningún perjuicio a ningún tercero.

No se trata evidentemente de una negociación-posposición con contenido económico del art. 241 Reglamento Hipotecario sino de configuración registral de las “cargas” con excepcional importancia en tanto que afecta a la facultad dispositiva integrante del dominio y de dotar en definitiva de claridad a los Libros del Registro.

Finalmente la calificación del Registro sustituto alega la Resolución de la DGRN de 9 de junio de 2012, que entiendo no resulta de aplicación dado que se refiere a una prohibición de disponer ordenada por autoridad judicial que consta por anotación preventiva, en cuyo supuesto de hecho no existía ninguna autorización judicial, esto es, el propietario de la finca constituyó hipoteca por sí mismo. En el caso que nos ocupa

comparecen también las personas que ordenaron la prohibición de disponer para levantar el cierre registral para un acto concreto, la hipoteca con todas sus consecuencias, y por tanto con su eventual ejecución, pero no para levantar el cierre registral definitivamente.

Y para concluir, indicar que la expresión “posposición” empleada en la escritura puede que no sea la más correcta jurídicamente hablando, que sea incluso “excesiva”, que se podría decir “postergación” o cualquier otra, pero sí que refleja la configuración visual que se pretende de una futura nota simple informativa que es la expresión básica de la publicidad registral, esto es, que figure inscrita la finca a nombre de su titular (Don..., por título de donación) sujeta a la prohibición de disponer, constituida en la fecha correspondiente (año 2017), que resulta en el apartado “cargas”, apartado “cargas” en el que constará descrita a continuación de la hipoteca, como consecuencia de la “posposición”.

Todo ello permitirá sin fisuras que con la ejecución de la hipoteca se cancele la prohibición de disponer como carga posterior pero que siga en su caso subsistiendo, como carga, en caso de cumplimiento y pago del préstamo dotando de claridad a los Libros del Registro.

Por todo lo expuesto,

Al Registro de la Propiedad número ocho de Barcelona solicito que tenga por presentado este escrito con los documentos acompañados, se sirva admitirlo y, previos los trámites pertinentes, dentro del plazo legalmente previsto y con las notificaciones procedentes, lo remita a la Dirección General de los Registros y del Notariado, teniendo por interpuesto en tiempo y forma recurso gubernativo contra la calificación desfavorable recurrida y dictando, en su día, resolución por la que se estime el recurso, se revoque la calificación recurrida y se ordene la inscripción solicitada, con sus consecuencias inherentes.»

V

La registradora emitió informe el día 9 de agosto de 2018, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada, y remitió el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 33 de la Constitución Española; 348 del Código Civil; 26, 27, 42, 71 y 73 de la Ley Hipotecaria; 145 del Reglamento Hipotecario; 614 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1991, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1929, 18 de abril de 1952, 18 de enero de 1963, 19 de julio de 1973, 27 de enero de 1986, 22 de febrero de 1989, 5 de octubre de 2000, 23 de junio de 2003, 12 de diciembre de 2007, 26 de febrero y 9 de octubre de 2008, 8 de julio de 2010, 3 de agosto de 2011, 25 de junio y 18 de diciembre de 2013, 13 de marzo de 2014, 16 de junio de 2015, 28 de enero y 14 de septiembre de 2016, 21 de julio de 2017 y 24 de enero y 11 de abril de 2018.

1. El título cuya calificación es objeto de impugnación en el presente expediente consiste en una escritura de formalización de préstamo garantizado por hipoteca constituida sobre finca registral que consta gravada con una prohibición de disponer impuesta en la escritura de donación por la que adquirió el dominio el hipotecante, escritura otorgada como donantes por los progenitores de éste, e inscrita en el Registro de la Propiedad en fecha anterior a la presentación de la escritura de préstamo hipotecario. Dicha prohibición de disponer la finca se establece «hasta la defunción de ambos progenitores».

En la citada escritura de préstamo hipotecario comparecen, además del deudor hipotecante y el acreedor, los progenitores de aquél quienes prestan expresamente su consentimiento para que, sobre la referida finca, pueda constituirse la hipoteca a favor del «Banco de Sabadell, S.A.» a fin de garantizar el pago del préstamo formalizado en la misma escritura. En la misma estipulación, en que se expresa el citado consentimiento, añaden a continuación los donantes constituyentes de la prohibición lo siguiente: «En tales términos en relación con la prohibición de disponer impuesta en dicha escritura de donación autorizada por la notario (...) consienten la posposición de la misma a la hipoteca que se constituye en la presente escritura, de forma que ésta, tenga el carácter de previa, solicitando del Sr. Registrador de la Propiedad que así lo haga constar en los libros a su cargo».

La Registradora suspende la inscripción del documento por no ser posible, a su juicio, aplicar la figura de la posposición de una prohibición de disponer, que nada tiene que ver con el rango hipotecario, a una hipoteca otorgada con posterioridad, pues la figura de la posposición sólo es posible tratándose de cargas equiparables que tienen un rango registral negociable por voluntad de sus titulares, tales como hipoteca o la condición resolutoria. Se suspende igualmente la inscripción de otros pactos del préstamo hipotecario que no son objeto de impugnación.

La notaria recurrente, por el contrario, entiende que habiendo concurrido al otorgamiento de la escritura los beneficiarios de la prohibición de disponer para consentir la constitución de la hipoteca y la posposición de la prohibición no hay obstáculo a la inscripción, pues «son los titulares de la prohibición los únicos que por su voluntad pueden modular y modificar el contenido y existencia de la prohibición de disponer (autonomía de la voluntad art. 1255 CC), siempre que obviamente no perjudiquen derechos de terceros», de forma que la prohibición seguiría vigente en relación con posteriores actos dispositivos voluntarios del propietario, y en caso de que por impago del préstamo se ejecutase la hipoteca podría cancelarse la prohibición de disponer como carga posterior (subsistiendo como carga en caso de cumplimiento y pago del préstamo).

El escrito de recurso hace referencia a los requisitos de la calificación en cuanto a la exigencia de su tempestividad y de su motivación suficiente, pero de tales referencias no se desprende reproche alguno a la que es objeto de impugnación, por lo que tales cuestiones quedan fuera del ámbito del presente expediente, delimitado en cuanto a su objeto por el contenido de la calificación y los concretos términos del recurso interpuesto.

2. La resolución del presente recurso debe dilucidar sobre la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la que es objeto de hipoteca una finca transmitida por donación de padres a hijo, sobre las que consta inscrita una prohibición de disponer establecida por los donantes, siendo así que estos comparecen para prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca y a la posposición de la citada prohibición de disponer respecto del gravamen hipotecario, en los términos antes reseñados.

Con carácter general, cabe recordar la doctrina sobre la configuración registral de las prohibiciones de disponer que este Centro Directivo ha establecido en diversas ocasiones desde la clásica Resolución de 20 de diciembre de 1929 hasta la más reciente de 24 de enero de 2018. Conforme a esta doctrina las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales 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 («ius disponendi») de su titular (cfr. Resolución de 13 de octubre de 2005).

Tales restricciones no impiden la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan sólo los actos voluntarios de transmisión «inter vivos», por lo que un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido «mortis causa» o en virtud de los citados actos dispositivos de carácter forzoso. Así resulta del principio de libertad de tráfico, con amparo en el artículo 348 del Código Civil, el cual exige que las limitaciones legítimamente impuestas a la propiedad y, en consecuencia, a su facultad dispositiva, sean interpretadas de forma restrictiva sin menoscabo de los intereses que las justifican. Y ello por cuanto, las prohibiciones y demás restricciones que limitan la

libre disposición de los bienes, son tratadas con desfavor por las disposiciones legales, en cuanto que si en algunas ocasiones aparecen justificadas para el logro de ciertos fines lícitos, al sustraer a la circulación los inmuebles afectados los hace poco aptos para el crédito territorial y crea, de otra parte, situaciones confusas, y por eso el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo tercero, establece que se harán constar en el Registro la Propiedad solo las impuestas en testamento y demás actos a título gratuito, siempre que la legislación vigente reconozca su validez, lo que requiere que tengan un 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 (cfr. Resolución de 18 de enero de 1963).

En virtud del citado principio general de libertad de circulación de los bienes, y correlativa interpretación restrictiva de las limitaciones a la misma, este Centro Directivo ha entendido que si la prohibición es de enajenación y no de disponer con carácter general, debe interpretarse que sólo queda vedado el acceso a Registro a los actos traslativos del dominio de las fincas afectadas por las mismas, pero no a aquellos otros actos que, aun siendo dispositivos, no impliquen enajenación, como la constitución de derechos reales a favor de terceros –cfr. Resolución de 9 de junio de 2012– (como es el caso de la hipoteca en garantía del préstamo objeto del presente expediente).

Asimismo la doctrina de este Centro Directivo ha destacado que los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria hacen referencia a las prohibiciones de disponer desde la perspectiva registral. Pero 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. De esta regulación sustantiva resulta, como se ha adelantado, que sus efectos son diferentes según procedan de actos a título oneroso o gratuito: las prohibiciones voluntarias establecidas en actos a título gratuito tienen eficacia real y, en caso de incumplimiento, producen la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan (salvo que los constituyentes de la prohibición establezcan un efecto distinto para el caso de contravención). Por el contrario, 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. Por ello, su acceso al Registro está regulado de diferente forma según se trate de unas u otras.

3. Vista esta doctrina general, perfectamente asentada y establecida, el caso concreto objeto de este expediente no plantea problemas en cuanto a la identificación de la naturaleza voluntaria y gratuita del acto en el que se estableció la prohibición (donación), ni en cuanto a la calificación de la prohibición como referida a todo acto dispositivo, lo que determina inequívocamente que comprenda en su ámbito objetivo la constitución de gravámenes hipotecarios, pues de los preceptos que en nuestro Código Civil y en la legislación hipotecaria regulan la hipoteca (como sucede igualmente con la prenda), se desprende que su esencia trasciende a la mera atribución de preferencia al crédito garantizado, pues, aparece configurado con toda claridad como un derecho real en cuya virtud se sujeta «erga omnes» y de forma directa e inmediata un concreto bien (sea del propio deudor o de un tercero) a la garantía del pago de una deuda (cfr. artículos 1863 y siguientes del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria). La constitución de tales garantías implica un acto dispositivo (cfr. artículo 1857.3 del Código Civil) por el cual se transmite al acreedor garantizado un derecho de realización separada del bien afecto, cualquiera que sea el poseedor, así como un derecho al cobro de su crédito – hasta el límite garantizado– con cargo al precio obtenido en esa realización. 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 (vid., por todas, la Resolución de 28 de junio de 2005).

Por tanto, en el presente caso, estando gravada la finca con una prohibición de disponer (y no solo de enajenar), y siendo la constitución de la hipoteca acto inequívocamente dispositivo, ésta queda afectada por la citada prohibición. Ahora bien, como ha señalado este Centro Directivo (vid. Resolución de 16 de junio de 2015), siendo

de libre configuración por los donantes el pacto (relativo a la prohibición) añadido a la disposición gratuita de bienes, no cabe duda de que estos pueden modular la prohibición como tengan a bien, disponiendo por ejemplo la forma de ejercicio o el efecto de la contravención (el Código Civil en relación a la disposición de la vivienda habitual en su artículo 1320 ofrece una solución normativa para el supuesto que regula).

En este contexto, y en el marco del principio de libre circulación de los bienes y de interpretación restrictiva de las limitaciones de la facultad dispositivas del propietario, incluso en el caso de que los constituyentes de la prohibición la hayan establecido en términos absolutos, sin previsión de su levantamiento por medio del consentimiento (o asentimiento) de los eventuales beneficiarios (en este caso los propios donantes cuya vida sirve de término de vigencia de la prohibición) al acto dispositivo, no cabe duda de que dicha prohibición no constituirá obstáculo a este acto ni a su eventual acceso registral en caso de que, previsto o no en el título de su constitución, concurra en el otorgamiento del acto dispositivo el consentimiento de los citados donantes beneficiarios, siendo estos plenamente capaces. Como señala la citada Resolución de 16 de junio de 2015, este consentimiento no va dirigido a obtener un beneficio económico para quien lo presta, ni a la subrogación de un bien, ni a la recuperación de los bienes donados. Ni siquiera puede considerarse que su ejercicio o no ejercicio conlleve un perjuicio en su esfera patrimonial, sino que estamos ante una facultad que se enmarca en el acto de gratuidad originario y en su misma causa, y amparado en la facultad de la libre configuración de la prohibición, conforme al principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), mediante su modulación o modificación parcial, dentro de los márgenes legales antes citados (causa lícita, temporalidad, etc.).

4. En este sentido la imposición de una limitación a la facultad de disponer (facultad natural en el derecho de propiedad), además de constituir una restricción a la citada facultad del propietario, supone también el reconocimiento de un ámbito de poder en favor de quien ha de consentir el acto dispositivo, en el presente caso los donantes o quien de ellos sobreviva. Si ello es así en los casos en que se previó inicialmente la posibilidad de enervar la eficacia de la prohibición por medio del consentimiento de los donantes, no otra cosa cabe colegir cuando sin tal previsión el citado consentimiento concurre, pues por medio del mismo se modula su alcance, restringiendo los efectos de la prohibición, lo que, no mediando perjuicio alguno a terceros, ninguna norma impide, antes al contrario es conforme con el citado principio general de libertad de circulación de los bienes. Por tanto, la prohibición inscrita atribuye una facultad de respeto, que puede ser exigido por quien ha de consentir, pudiendo destruir «erga omnes», es decir, frente a terceros adquirentes no protegidos por una adquisición «a non domino», la aparente eficacia jurídica que pudiera crear el acto dispositivo realizado sin su consentimiento.

En el presente caso han comparecido en el otorgamiento de la escritura del préstamo hipotecario no sólo el deudor constituyente de la hipoteca y el acreedor, sino también los donantes que impusieron la prohibición de disponer, prestando su consentimiento a la constitución de la hipoteca formalizada. Desde este punto de vista no hay problema para la inscripción del gravamen hipotecario. El problema surge, sin embargo, cuando lo que se pretende es no sólo la inscripción de la citada hipoteca, sino también del pacto de posposición de la prohibición de disponer respecto de la propia hipoteca constituida. En concreto el obstáculo registral opuesto en la calificación se centra en la estipulación por la que se pacta que «(...) en relación con la prohibición de disponer impuesta en dicha escritura de donación autorizada por la notario (...) consienten la posposición de la misma a la hipoteca que se constituye en la presente escritura, de forma que ésta, tenga el carácter de previa, solicitando del Sr. Registrador de la Propiedad que así lo haga constar en los libros a su cargo», al entender la registradora que no es posible aplicar la figura de la posposición de una prohibición de disponer, que nada tiene que ver con el rango hipotecario, a una hipoteca otorgada con posterioridad, pues la figura de la posposición sólo es posible tratándose de cargas equiparables que tienen un rango registral negociable por voluntad de sus titulares.

Sin que, por otra parte, proceda ahora entrar a considerar la posible inscripción parcial del título (en relación con el préstamo hipotecario, excluyendo de la inscripción el pacto de posposición), pues ni consta la solicitud de inscripción parcial, ni cabe en este caso eximir de tal exigencia de petición expresa de las partes como requisito para practicar la inscripción parcial (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria), exigencia que tiene como presupuesto que el pacto, estipulación o hecho rechazado afecten a la esencialidad del contrato (Resoluciones de 13 de marzo de 2014 y 11 de abril de 2018, entre otras), pues no cabe, sin dicho requisito, inscribir la hipoteca con un rango registral distinto del pretendido por las partes en virtud del pacto de posposición. Por tanto, aunque la presentación de un documento en el Registro implica la petición de práctica de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse (Resoluciones de 19 de junio de 2007 y 26 de octubre de 2015, entre otras), no resulta aplicable al presente supuesto la dispensa de solicitud expresa de inscripción parcial cuando el defecto afecte sólo a alguna de las fincas o derechos independientes objeto del negocio jurídico y no exista perjuicio para nadie, pues como se ha dicho el defecto que afecta al pacto de posposición afecta de forma inevitable al propio derecho de hipoteca en una cualidad esencial de la misma como es su rango registral (vid. Resoluciones de 15 de marzo de 2006 y 14 de septiembre de 2016).

5. Centrado así los términos de la cuestión de fondo planteada, hay que partir, como afirma la registradora en su calificación y ha reiterado la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resolución de 13 de octubre de 2005), de que las prohibiciones de disponer no son derechos reales sino restricciones impuestas a un titular sin atribución de un correlativo derecho a otras personas. Ahora bien, como igualmente ha afirmado este Centro Directivo, 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 25 de junio de 2015). 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.

En este sentido hay que recordar que si bien es cierto que en nuestro Derecho el rango registral no tiene un contenido tan autónomo como en otros ordenamientos jurídicos, como antes se dijo, de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria se desprende que, a diferencia de las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título oneroso (que carecen de eficacia real y su infracción sólo provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados), las prohibiciones impuestas en actos a título gratuito sí tienen eficacia real, su incumplimiento produce la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan (salvo que los constituyentes de la prohibición establezcan un efecto distinto para el caso de contravención), y producen efectos «erga omnes» por medio de su inscripción en el Registro, evitando con ello la aparición de adquirentes «a non domino» como consecuencia de eventuales actos dispositivos posteriores a la prohibición y a su inscripción. Esta eficacia real supone que gozan de rango registral, una vez inscritas o anotadas, y surten efectos en garantía de la finalidad lícita a que responda la prohibición, en interés de sus beneficiarios.

Por esta misma razón (eficacia frente a terceros derivada de su inscripción), en relación con las condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de una compraventa, este Centro Directivo viene admitiendo la extensión de los pactos de posposición de tales condiciones resolutorias respecto de una hipoteca posterior, yendo más allá del ámbito que resulta de la literalidad de la norma que prevé en nuestro ordenamiento la negociabilidad del rango registral, esto es el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, referido exclusivamente a los gravámenes hipotecarios, entendiéndose que nada se opone a que se inscriba en el Registro el pacto mediante el cual se establece, con el consentimiento de todos los interesados, que en caso de resolución de la venta, si se da la condición, seguirá subsistiendo la hipoteca

(inversamente si lo que se pospone es la hipoteca anterior a una condición resolutoria posterior, será la resolución de la compraventa la que, de producirse, arrastrará la consecuencia de la cancelación de la hipoteca).

Lo que presupone que tal facultad resolutoria del vendedor goza de un rango registral y surte efectos de garantizar el pago del precio aplazado, por lo que su ejercicio, si conservara su rango preferente o si lo obtiene mediante una anteposición a una hipoteca previa, traería consigo la cancelación de la hipoteca. Como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 16 de septiembre de 1999, si no se admitiera tal pacto de posposición «se restringiría notablemente el crédito hipotecario, pues se dificultaría en gran medida el acceso a tal crédito de los derechos sometidos a condición resolutoria». Argumento que «mutatis mutandis» resulta extrapolable a los casos en que existiendo una prohibición de disponer de origen voluntario, los beneficiarios de la misma consientan en la constitución del gravamen hipotecario como derecho de garantía esencial para la obtención de crédito y la posposición de la prohibición.

6. La registradora opone a la tesis anterior la doctrina de esta Dirección General que ha limitado el juego de los pactos de posposición o negociación del rango en el caso de las anotaciones preventivas de embargo, queriendo ver en ello una interpretación restrictiva de la admisibilidad de tales pactos. En este sentido es cierto que las Resoluciones de 23 de abril y de 3 de junio de 1996, tras plantear –en vía de hipótesis dialéctica– la posibilidad de extender la admisibilidad de los negocios de posposición del rango entre embargos (a semejanza de lo previsto en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario entre hipotecas), permitiendo eventualmente la posposición de un embargo anterior en beneficio del posterior, cuando fuere decretado por el propio juez que acordó la traba que se pospone, y siempre que no existan titulares intermedios que puedan resultar perjudicados, descartó dicho planteamiento afirmando que «la posposición no es una figura que se adapte a la naturaleza específica y diferenciada del embargo respecto de la hipoteca y, menos aún, que tal posposición pueda ser la consecuencia de una sentencia estimatoria de la tercería de mejor derecho, y ello aun cuando de tal posposición de embargos pueda, en algunos casos, derivarse ventajas».

Pero esta doctrina no constituye en puridad argumento favorable a la calificación recurrida pues responde a la naturaleza específica de los embargos que supone, no que los mismos una vez anotados carezcan de rango registral (lo tienen con la eficacia prelativa de los artículos 17, 44, 71 y 134 de la Ley Hipotecaria, 175.2.º de su Reglamento y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino que la alteración del rango propio de cada uno, en las hipótesis mencionadas, es rigurosamente innecesario (por tanto el negocio de posposición carecería de causa y utilidad práctica alguna), pues «obtenida sentencia estimatoria en la tercería de mejor derecho, es innecesaria la inversión del rango entre los embargos que pudieran estar trabados a instancia de cada uno de los contendientes (...), pues, el crédito del tercerista puede hallar satisfacción en el propio juicio ejecutivo al que accedió en vía de tercería, y ello aun cuando el acreedor pospuesto no pidiese ejecución de su sentencia de remate». No es por tanto la imposibilidad, sino la innecesariedad jurídica y ausencia de utilidad efectiva, lo que explica la citada doctrina, innecesariedad y ausencia de utilidad que no cabe sostener con igual intensidad y en los mismos términos en relación con las prohibiciones de disponer, como después veremos.

Es más, cuando concurre la necesidad o utilidad mencionada también cabe que se extienda la posibilidad de alteración del rango a un ámbito directamente relacionado con las anotaciones de embargo, como sucede en los casos de las declaraciones judiciales de preferencia con efectos reales del crédito a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal a que se refiere el artículo 9.1.e) de su ley reguladora. Así lo ha afirmado este Centro Directivo que, tras recordar que si bien el denominado «rango registral» de cualquier título que pretenda su acceso al Registro, sea de carácter constitutivo o modificativo de un derecho real preexistente, viene dado por la fecha del asiento de presentación respectivo (cfr. artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), y reiterar que tal criterio legal no impide que en determinadas hipótesis se admite una denominada

«alteración paccionada del rango hipotecario» (cfr. artículo 241 del Reglamento Hipotecario), condicionada al consentimiento del titular del derecho pospuesto (Resoluciones de 26 de marzo de 1999 y 16 de enero de 2016, y Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2000), ha extendido dicha posibilidad de alteración del rango (vid. Resolución de 12 de abril de 2012) a la citada declaración judicial de preferencia con efectos reales del crédito a favor de las comunidades de propietarios, a que se refiere el artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal («posibilidad que se sujeta al requisito de que en el procedimiento judicial hayan sido demandados todos los interesados, es decir, todos los titulares de derechos que por ser pospuestos en su rango registral puedan resultar perjudicados, pero sin necesidad de llamar a tal procedimiento a aquellos titulares de cargas intermedias que no resulten afectados por la posposición»).

7. Ciertamente, en relación con la naturaleza y alcance de las distintas modalidades de prohibiciones de disponer, de acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo, se han de distinguir dos grandes categorías:

– En primer lugar, las prohibiciones voluntarias (como la que es objeto de este expediente) y las que tienen su origen en un procedimiento judicial civil, dotadas ambas de un mismo régimen jurídico (vid. Resolución de 28 de enero de 2016), que tratan de satisfacer intereses básicamente privados: pueden cumplir funciones de garantía (vid. Ley 482 del Fuero Nuevo de Navarra), de tutela (hasta que los hijos lleguen a determinada edad), para lograr la plena satisfacción de la voluntad del beneficiario de la prohibición, garantizar el resultado de un procedimiento o la caución del mismo, etc. Por ello, prevalece la finalidad de evitar el acceso al Registro del acto dispositivo realizado por quien carece de poder de disposición para ello al no habersele transmitido la facultad dispositiva. En consecuencia, si cuando otorgó el acto afectado por la prohibición de disponer no tenía limitado su poder de disposición el acto fue válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, aunque se entiende que la inscripción del acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que ésta debe arrastrarse. Es esta una solución que se puede denominar ecléctica.

Por tanto, por un lado se entiende que, en la medida en que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario impide el acceso registral de los actos dispositivos realizados posteriormente (salvo los que traen causa de asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación), ello presupone, a «sensu contrario» que no impide los realizados con anterioridad –conclusión que resulta también de la aplicación de la regla general que para las anotaciones dicta el artículo 71 de la propia Ley Hipotecaria–. Sin embargo, por otro lado, se estima que tal inscripción no ha de comportar la cancelación de la propia anotación preventiva de prohibición, sino que ésta se arrastrará.

– En segundo lugar, las prohibiciones adoptadas en los procedimientos penales y administrativos, las cuales lo que tienden a garantizar es el cumplimiento de intereses públicos o evitar la defraudación del resultado de la sentencia penal o las responsabilidades que de ella puedan derivar. Debe, en consecuencia, prevalecer el principio de prioridad establecido en el artículo 17 frente a la interpretación más laxa del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que se impone en las prohibiciones voluntarias y derivadas de procedimientos civiles, provocando así el cierre registral incluso cuando se trata de actos anteriores a la prohibición. Y es que en estas últimas la prohibición de disponer no trata de impedir la disponibilidad del derecho por parte de su titular, desgajando la facultad dispositiva del mismo, cual ocurre con las voluntarias, sino que tiende a asegurar el estricto cumplimiento de la legalidad administrativa o el resultado del proceso penal.

De lo anterior resulta que el principio de prioridad, y su manifestación a través del rango registral, actúa plenamente en el ámbito de las citadas prohibiciones adoptadas en procedimientos penales y administrativos (con efecto de cierre registral a todo título dispositivo que llegue con posterioridad al Registro –siempre que sea incompatible con

los términos de la concreta prohibición de que se trate—), y sólo limitadamente en el ámbito de las prohibiciones voluntarias y las adoptadas en procedimientos civiles.

Ahora bien, aún con restricciones, dicho principio de prioridad actúa también en relación con estas últimas prohibiciones en un doble sentido.

En primer lugar, produciendo efectos de cierre o exclusión registral respecto de los actos dispositivos de fecha posterior a la prohibición que lleguen al Registro después de la inscripción o anotación de ésta (vid. artículo 145 del Reglamento Hipotecario). Siendo indudable que la prioridad tabular viene determinada, al disponerlo así el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, por la fecha del asiento de presentación. Como afirma la Resolución de 26 de marzo de 1999, «el denominado «rango registral» de cualquier título que pretenda su acceso al Registro, sea de carácter constitutivo o modificativo de un derecho real preexistente, viene dado exclusivamente por la fecha del asiento de presentación respectivo (cfr. arts. 24 y 25 LH)», sin perjuicio de las hipótesis de admisión de la denominada «alteración paccionada del rango hipotecario» (cfr. artículo 241 del Reglamento Hipotecario). De acuerdo con lo expuesto resulta claro que cuando la presentación en el Registro de la Propiedad del mandamiento ordenando la prohibición de disponer o de la escritura de donación en que se contenga (que finalmente resulte inscrito o anotado), sea anterior no sólo a la posterior presentación del título dispositivo, sino incluso a la fecha de formalización este último, no cabrá admitir el despacho de tal título.

Por otro lado, y en segundo lugar, el principio de prioridad registral no genera solo un efecto excluyente o de cierre registral respecto de los títulos «de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real» (vid. artículo 17 de la Ley Hipotecaria) —efecto que, como se ha visto, no se anuda a las prohibiciones de disponer de origen voluntario—, sino que además generan otro efecto prelativo o de preferencia en el caso de que el título posteriormente presentado a Registro no sea incompatible, generando así una ordenación de los derechos reales y cargas inscritos y/o anotados sobre una determinada finca registral, cuyo respectivo orden o rango les inviste de una cualidad singular de prelación para dirimir la preferencia entre todos ellos.

8. Pues bien, como ya se ha dicho, si bien del artículo 145 del Reglamento Hipotecario resulta que se impide el acceso registral de los actos dispositivos realizados posteriormente (salvo los que traen causa de asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación), lo que presupone, a «sensu contrario», que no impide los realizados con anterioridad (tratándose de prohibiciones voluntarias o acordadas en procedimientos civiles), sin embargo, por otro lado, conforme a la doctrina reiterada de este Centro Directivo, tal inscripción del acto dispositivo anterior a la prohibición no ha de comportar «per se» la cancelación de la propia anotación preventiva, o inscripción, de la prohibición, sino que ésta se arrastrará (vid. Resoluciones de 8 de julio de 2010 y 3 de agosto de 2011).

En este sentido, la Resolución de 28 de enero de 2016, entre otras, recuerda que la regulación de las prohibiciones voluntarias es la misma que la propia de las anotaciones acordadas en procedimientos civiles, en las que tampoco cabe la cancelación de oficio de la anotación preventiva, tanto porque la inscripción posterior del título anterior no priva de su eficacia a la anotación, cuanto porque solo el juez puede ordenar la cancelación (artículo 83 de la Ley Hipotecaria).

Este aspecto es importante porque, si bien es cierto, como resulta de la doctrina consolidada de este Centro Directivo, que la eficacia limitativa de las prohibiciones de disponer, cualquiera que sea su origen (vid. Resolución de 31 de enero de 2013), ha de matizarse cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación, 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, también lo es que dichos actos de disposición forzosos se inscriben

sin perjuicio del mantenimiento de la propia prohibición de disponer que, como se ha dicho, no se cancela.

Por ello aun cuando pudiera pensarse que una vez inscrita la hipoteca en virtud de la autorización o consentimiento prestado por los donantes beneficiarios de la prohibición, ya resultaría indiferente el rango (y su posible posposición o no) de la prohibición, pues en caso de incumplimiento de la obligación de pago garantizada la posible adjudicación o remate derivado del eventual procedimiento de ejecución hipotecaria directa, como acto de ejecución forzosa, cae fuera de la eficacia limitativa de la propia prohibición, ello no responde al conjunto de los intereses en juego, pues tal planteamiento obviaría que, aun admitiendo la posible inscripción de la adjudicación y la cancelación de la hipoteca ejecutada y de las cargas y derechos inscritos o anotados con posterioridad, el mandamiento cancelatorio no alcanzaría a suprimir o cancelar registralmente la propia inscripción de la prohibición, que es asiento de fecha anterior al de la hipoteca ejecutada.

Este criterio se recogió legalmente en el artículo 15 «in fine» de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a Plazos de Bienes Muebles que dispone: «El que remate bienes sujetos a prohibición de disponer inscrita en el Registro en los términos de esta Ley los adquirirá con subsistencia de la obligación de pago garantizada con dicha prohibición, de la que responderá solidariamente con el primitivo deudor hasta su vencimiento».

La misma doctrina ha sido reiterada más recientemente en pronunciamientos de este Centro Directivo, recogiendo la doble tesis de la inscribibilidad de las adjudicaciones forzosas y la no cancelación de la prohibición de disponer. Así, por un lado, en cuanto a lo primero, como han afirmado las Resoluciones de 13 de abril de 2012, 31 de enero de 2013 y 28 de octubre de 2015 (con el precedente de otras más antiguas como la de 22 de febrero de 1989) «la responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía «a priori», en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la Ley misma. Esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer. En este sentido, hay que recordar que la subasta judicial en el ámbito de los procesos de ejecución pertenece al campo del Derecho procesal y no al del Derecho privado, toda vez que suele reputarse la subasta judicial como acto procesal de ejecución consistente en una declaración de voluntad del juez, transmitiendo coactivamente al rematante o adjudicatario, en virtud de su potestad jurisdiccional, determinados bienes afectos a la ejecución».

Y en cuanto al segundo aspecto de la cuestión enunciada, las Resoluciones de 28 de octubre de 2015 y 21 de julio de 2017, tras admitir la inscripción del correspondiente decreto de adjudicación, advierten que ello no supone perjuicio alguno para los intereses garantizados por la anotación de prohibición de disponer («in casu» la prevista en el artículo 170 de la Ley General Tributaria) que, por su propia naturaleza y por constituir una carga anterior a la anotación de embargo que ha sustentado la ejecución, no va a ser objeto de cancelación. Como afirman las citadas Resoluciones con cita de la más moderna doctrina, «un derecho de propiedad sobre el que recae una prohibición de disponer, será respaldo patrimonial para los acreedores de su titular, en su particular forma de configuración en su perspectiva activa, esto es: como tal será objeto de ejecución y, por tanto, de adquisición por el rematante en su caso, el cual adquirirá el dominio con la prohibición de disponer en los mismos términos que los ostentaba el ejecutado».

Lo que trasladado al caso objeto del presente expediente significa que el consentimiento prestado por los donantes para la constitución de la hipoteca, en combinación con la posibilidad de su desenvolvimiento forzoso a través de un procedimiento de ejecución, puede dar lugar a una adjudicación en subasta a favor de un tercero o del mismo acreedor, pero no a una cancelación ulterior de la propia inscripción de prohibición, que seguiría activa durante la parte del plazo restante de su vigencia, limitando la propia facultad dispositiva de dicho adjudicatario. Y esto es precisamente lo que, en el presente caso, tratan de evitar las partes de consuno mediante el pacto,

adicional y complementario a aquél consentimiento, de posposición de la prohibición de disponer respecto de la hipoteca constituida. Lo explica con claridad la recurrente al afirmar que con dicho pacto de posposición se «permitirá sin fisuras que con la ejecución de la hipoteca se cancele la prohibición de disponer como carga posterior pero que siga en su caso subsistiendo, como carga, en caso de cumplimiento y pago del préstamo dotando de claridad a los Libros del Registro».

Y es que ciertamente, en caso de ejecución hipotecaria, el testimonio del decreto de adjudicación determinará la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario, y el paralelo mandamiento de cancelación de cargas determinará la de la hipoteca y «la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento», según prescribe el artículo 134 de la Ley Hipotecaria, precepto que sanciona el principio de purga de las cargas posteriores, que igualmente refleja el párrafo segundo del artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual «el Letrado de la Administración de Justicia mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, (...)», dejando pues claramente delimitado el ámbito de proyección del citado principio de purga sobre las «inscripciones y anotaciones posteriores», lo que paralela y simétricamente excluye la cancelación de las «inscripciones y anotaciones anteriores» que quedan «subsistentes», debiendo aceptar el licitador «quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos si el remate se adjudicare a su favor» (cfr. artículo 668.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Evitar dicha subsistencia y subrogación en la prohibición de disponer es precisamente la finalidad que las partes persiguen con la posposición pactada, sin que dicha finalidad y el pacto que lo instrumenta resulten incompatibles con la naturaleza de carga registral, dotada de rango propio, que tiene la prohibición de disponer inscrita, ni con las reglas institucionales de su publicidad registral, según resulta del anterior análisis, ni finalmente con el interés de terceros, pues los únicos perjudicados por las consecuencias de tal posposición (la futura eventual cancelación de la inscripción de la prohibición), esto es los constituyentes y beneficiarios de prohibición, prestan su consentimiento para tal posposición (precisamente en su condición de titulares del derecho pospuesto: cfr. artículo 241 del Reglamento Hipotecario). 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 en conflicto. El conjunto de las consideraciones anteriores conduce a la estimación del recurso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.

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

Madrid, 2 de noviembre de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.