

Prohibiciones de disponer

Los desenvolvimientos de la publicidad hipotecaria chocan contra la técnica especial de las prohibiciones de disponer o enajenar, y de aquí la necesidad de perfilar su concepto y analizar los supuestos de su existencia, para determinar después sus efectos en el derecho de cosas, sobre todo en el hipotecario.

La materia se presenta preñada de dificultades, muy discutida en la técnica alemana, apenas desflorada en la española, y en ambos sistemas hipotecarios de una importancia extraordinaria.

En el último decenio, la Dirección general de los Registros ha tratado de orientar la técnica hipotecaria, y sus intentos han suscitado críticas tan acerbas como las formuladas por nuestros colaboradores el Sr. Lezón, en *Revista de Derecho Privado* (1), y el Sr. Ríos y Mosquera en estas mismas columnas (2).

I

DELIMITACIÓN DE LAS LIMITACIONES

A primera vista, las prohibiciones de disponer parecen restricciones impuestas por mandato jurídico, en orden al ejercicio de

(1) Véase el artículo publicado en el número 140, correspondiente al 15 del pasado Mayo, con el título *Pactos prohibidos en el préstamo hipotecario. ¿Lo está el de arrendamiento?*

(2) Véanse las páginas 241 y siguientes en el número 4 de REVISTA CRÍTICA.

un derecho subjetivo, que limitan las facultades de su titular, sin atribución de otro derecho subjetivo a persona determinada.

Su contenido negativo puede corresponder, como molde o cuño, a un derecho real de tipo clásico, por lo que muchas veces suelen presentarse en la doctrina unas y otros bajo la forma de limitaciones, especialmente al hablar del dominio.

Nuestro Sánchez-Román, que da uno de los cuadros más completos de estas últimas, las distingue por razón (1) :

I... Del dominio eminent del Estado.	{ a) Imperio general de las leyes. b) Más especial y concreto de los reglamentos y ordenanzas. c) Servicios fiscales. d) Expropiación forzosa y otras formas de utilidad pública. e) Servidumbres legales. f) Explotación del subsuelo.
II - De la voluntad del transmitente.	{ a) Por contrato. b) Por última voluntad.
III - De la propia voluntad del dueño. (Creación de los derechos reales limitativos del dominio).....	{ a) Servidumbres { Reales. b) Censos c) Hipoteca. d) Prenda. e) Superficie. f) Retracto. g) Inscripción arrendaticia.
IV. - De un conflicto de derechos particulares.....	} a) Los nacidos de la posesión civil.

Viniendo a la tercera de las causas, que para nosotros es en este momento de las más interesantes, dice el renombrado civilista (2) : «*Por razón de la voluntad del transmitente*.—Ninguna limitación más legítima, de las impuestas al dominio de un nuevo dueño o adquirente, que aquellas que proceden de la voluntad del transmitente, que en uso de su pleno poder sobre las cosas de su dominio, le derivó o transmitió a favor de otra persona, imponiendo a esta nueva adquisición, y al derecho por ella creado de parte del adquirente, ciertas restricciones, con tal que no estén prohibidas por la ley. Así, por ejemplo, se permitirá al transmitente del dominio que separe, otorgándolos a personas distintas,

(1) Estudios de Derecho civil. III.—Dos. Res., pág. 85.

(2) Estudios de Derecho civil. III.—Dos. Res., pág. 106.

el poder de libre disposición y el de libre aprovechamiento (1), que imponga al nuevo dueño el pago de ciertos créditos, o la conservación de algún objeto, o la distribución especial de la finca, por más o menos tiempo; pero no será permitida ninguna limitación prohibida por las leyes (2), o contraria a la esencia de los derechos de dominio».

Toda esta doctrina no resulta, sin embargo, tan clara como parece, y antes al contrario, no ha llegado a cristalizar en una sistematización correcta.

A principios del pasado siglo, Gesterding (3) resumía la doctrina romanista en la forma siguiente: «La facultad de disponer, que normalmente corresponde al propietario, puede no pertenecerle algunas veces: 1. Puede suceder que la ley prohíba al propietario enajenar la cosa, y, en este supuesto, no hay duda de que la enajenación llevada a cabo es ineficaz.—2. Tampoco cabe duda de que cuando el testador prohíbe en su testamento la enajenación, la realizada contra lo dispuesto no produce la transmisión de la propiedad, y aquel a cuyo favor se ha establecido la ventaja puede reivindicar la cosa.—3. Finalmente, puede acaecer que el propietario se haya privado voluntariamente, por contrato, de la facultad de enajenar. Si rompe el contrato, enajenando la cosa, puede el otro contratante a cuyo favor se ha establecido ejercitarse una acción contra él por lo que le interesaría que la enajenación no se hiciera (*id. quod interest, alienationem factam non esse*); pero la transferencia era válida y no podía ser impugnada.

Al analizar y combatir la doctrina reinante sobre la justa causa en la *traditio*, volvieron los juristas sobre este tema, y Stremppel (4), por ejemplo, hace notar que se dan más casos en que se anula únicamente la obligación contraria a la prohibición, que no de nulidad simultánea de obligación y contrato real (sea éste un mero pago o sea un acto independiente de la obligación).

(1) Los llamados dominio útil y directo, nuda propiedad y usufructo, en el caso de esta servidumbre, de ensiteusis, etc. (Nota del Sr. Sánchez-Román.)

(2) La de vincular la propiedad, por ejemplo

(3) Ausfurl. Darst. der Lehre vom Eigenthum. Greifswald-Mauritius. 1817, pág. 27

(4) Ueber die justa causa. Wismar-Hinstorff. 1856

Holmann, en su célebre monografía (1), separa netamente la tradición nula por ir contra una prohibición, de aquella cuya nulidad proviene: 1, de incapacidad de las partes o falta de derecho; 2, de no estar la cosa en el comercio; 3, de vicio en el consentimiento, y 4, de miedo o dolo. Tan múltiple—añade—es el significado de la frase «esta enajenación está prohibida» que apenas si puede ser jurídicamente determinado. Se trata de algo que puede ser predicado: 1, del sujeto transferente; 2, de la cosa enajenada; 3, del derecho que corresponda en ella al transferente; o, finalmente, 4, de la causa de la enajenación.

En las últimas ediciones de las Pandectas de Windscheid aparece la materia sintetizada, aunque con grandes lagunas: «La prohibición de enajenar puede fundarse en la ley, en disposición judicial o en la voluntad privada. Una prohibición legal anula la enajenación realizada en contradicción con ella. Con la desaparición posterior de la prohibición (de sus presupuestos de hecho) no se vuelve válida la enajenación: pero el propietario, en tal caso, no puede ejercitarse la acción de nulidad; aquí tienen entrada los mismos principios que se dan en el supuesto de que el no propietario enajenante llegue a ser propietario... Una prohibición de enajenación judicial provoca igualmente la nulidad de la enajenación. La cosa varía cuando las prohibiciones se fundan en la voluntad privada. Una prohibición de enajenar establecida en acto de última voluntad carece de valor jurídico. Bien es verdad que si fué establecida para que la cosa de que se trata vaya a dar a una tercera persona, se provoca la nulidad de la enajenación; pero no por razón del voto testamentario, pues sin él hubiera surgido igualmente, sino por el derecho del tercero o por ser la prohibición de enajenar una prohibición legal (2). La prohibición contractual original, en el caso de que, no obstante, se enajene, un derecho de crédito dirigido a la restitución de cuanto se ha dado con la carga de no enajenar, o al resarcimiento de daños; pero no anula la enajenación.»

Manteniéndose en el plano del sentido común jurídico, como

(1) *Die Lehre vom Titulus*. Viesa-Manz. 1873.

(2) En nota cita la opinión de Fitting, que admite la nulidad siempre que no falte algún interés demostrable (Párrafo 172, a.)

siempre, la ciencia francesa se ha atrevido tan sólo a distinguir la inalienabilidad que grava a la cosa misma, con afección real, de la simple prohibición de enajenar (1), y aún nos advierte bondadosamente Planiol, para que no nos extravieamos, que la prohibición de la ley alcanza al propietario y nada más que a él, porque no es la cosa la que tiene, en cierta manera, la potencia virtual y pasiva de sufrir la enajenación. Por lo demás, este autor indica que los bienes inalienables adquieren este carácter, ya por virtud de la ley, ya por la voluntad de los particulares, y las cláusulas de inalienabilidad por ellos establecidas están autorizadas por un texto positivo de la ley (régimen dotal, substituciones permitidas) o por la jurisprudencia de los Tribunales.

Estos no han podido encontrar las orientaciones que en la cuestión deben servir de guía, a pesar de que los problemas se han planteado en las donaciones y sucesiones con la vigencia del Código de Napoleón. Laurent, Huc y Planiol (2) han protestado, en nombre de los principios de Derecho civil, contra la práctica de las limitaciones de enajenar, que desfiguran el derecho de propiedad rehusándole uno de sus atributos esenciales: el *jus abutendi*. Barbin y Bretonneau han tratado de justificar las causas de inalienabilidad, y Chiron, después de indicar que las sentencias de los Tribunales se fundan, según las necesidades de la causa, unas veces en cierta incapacidad particular del adquirente; otras, en el compromiso de no enajenar, y otras, en una restricción impuesta a sus derechos de propiedad sobre la cosa objeto de la donación, reconoce que, sobre todo en los últimos tiempos, la jurisprudencia ha vacilado y se ha contradicho. De todos modos, los ejes del sistema son dos: 1. La cláusula de inalienabilidad es válida cuando sea temporal y esté justificada por un interés serio y legítimo.—2. La sanción de esta cláusula consiste ordinariamente en la nulidad de los actos que le son contrarios, y excepcionalmente en la resolución de los derechos del beneficiario, cuando esté claro que el donante o el testador ha considerado la prohibición de enajenar como una ver-

(1) Capitant: *Introduction au droit civil*, pág. 291, nota 2.^a, citada por Plandol.—Tr. el. de D. C., I, pág. 724, nota 1.^a

(2) Véanse las citas correspondientes en el estudio de Chiron «La jurisprudencia sur les clauses d'inalienabilidad». *Revue trim. de Droit civil*, 1906, páginas 339 y siguientes.

dadera carga cuya inejecución debe acarrear la revocación de la liberalidad.

En la actualidad, los procesalistas, civilistas e hipotecarios alemanes se esfuerzan en deslindar el concepto y ponen a contribución la doctrina de los actos prohibidos, de la facultad de disponer y de la transmisibilidad de los derechos para centrar las prohibiciones de enajenar sobre una alteración interna del Derecho (Landsberg), en una limitación del titular para utilizarlo (Herold), en una denegación de la facultad dispositiva (Raape) y hasta en la falta de capacidad (opinión semivulgar).

Cada vez más enriquecida la materia y más fecundas las investigaciones, se ha visto la prohibición funcionando en todas las relaciones jurídicas, y se ha llegado a una edad de oro de las limitaciones de disponer.

Se hace, por lo tanto, indispensable someter a una severa crítica y a un riguroso tamizado los conceptos afines o análogos para sentar los principios directores en tan sutil materia (1).

II

CONCEPTOS AFINES

Separaremos, en su virtud, para despejar el camino :

a) Los actos defectuosos e imperfectos por incapacidad del disponente, declaración viciada, inobservancia de la forma, falta de algún requisito complementario (entrega, inscripción ..). Por usual que sea decir que está prohibido al menor de edad el otorgamiento de testamento ológrafo, no incluiremos tal caso entre los tipos examinados bajo la rúbrica de prohibiciones de disponer.

b) Las enajenaciones realizadas en virtud de un derecho que no lleva consigo la facultad de disponer; v. gr.: el comodatario no puede vender la cosa dada en comodato, no porque le esté prohibido, sino porque carece de poder jurídico.

c) Todos los supuestos de colisión de derechos que hayan de

(1) Como lo hace Raape en la monografía «Das gesetzliche Verausserungsverbot», Berlín, 1908. Guttentag.

resolverse dejando sin efecto la enajenación o cancelación del derecho gravado, cuando se haya llevado a efecto con daño y sin consentimiento del titular del gravamen. Al usufructuario, en este sentido, no le está prohibido renunciar el usufructo hipotecado, pero la renuncia queda sin efecto en cuanto perjudique al acreedor hipotecario (1).

d) Actos de disposición sobre derechos revocables, temporales o condicionados, que traspasen el límite impuesto por la configuración respectiva. El usufructuario no puede establecer derechos reales perpetuos sobre la finca. Sería incorrecto decir que le está prohibida la constitución de los mismos.

e) Transferencia de derechos intransmisibles. Los derechos de uso y habilitación no se pueden traspasar a un tercero. Tampoco en este caso debe hablarse de prohibiciones impuestas al usuario por la ley.

f) Igualmente, dentro de la fraseología que intentamos afinar, sería impropio decir que está prohibido enajenar las cosas religiosas, sagradas, santas, públicas. y, en general, las que no puedan ser objeto de comercio, bien por fines morales (novelas y dibujos pornográficos), preventivos (venenos) o fiscales (tabaco, artículos monopolizados). Aunque Planiol se escandalice, atribuiremos a las mismas cosas esta incapacidad objetiva para precisar las ideas.

Frente a estos tipos afines, haremos notar que la limitación se refiere a cosas y derechos enajenables, a figuras jurídicas que normalmente llevan en su entraña facultades dispositivas, pero que, por una singularidad circunstancial, chocan contra una restricción legalmente impuesta.

La prohibición se funda sobre un deber, éste presupone libertad en el agente. El hecho imposible no se impide, sólo se prohíbe lo que puede realizarse. Ahora bien, la ley, en presencia de actos humanos que intentan cubrirse con la cualificación de jurídicos, a pesar de la prohibición establecida, puede negar eficacia jurídica a lo actuado, penar directamente el hecho o hacerlo supuesto de un nuevo ordenamiento. Así, el art. 55 de nuestro Código Civil prohíbe celebrar matrimonio al mayor de edad que no haya solicitado el consejo de la persona a quien corresponda otorgarlo, y el articu-

(1) Véase el art. 107, núm. 2, de la ley Hipotecaria.

lo 50 declara válido el matrimonio sometiéndolo a un régimen económico especial, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal.

Los matices de la nueva situación creada por el quebrantamiento del precepto prohibitivo, son variadísimos: unas veces se admite la posibilidad de que ciertas personas anulen el acto jurídico, otras se permite la confirmación, etc. El decidir las consecuencias de la infracción será problema de exégesis, investigación de la *ratiologia* aplicación de las reglas de hermenéutica.

Ni aun en los casos en que haya en el Código penal una sanción para el delito o falta, puede lógicamente inducirse, sin otro dato, que el acto sea nulo. Ya se ha aludido al matrimonio, y sería fácil multiplicar los ejemplos. Ningún juez declararía en la mayoría de los casos nulo el contrato celebrado entre una comadrona y el marido de la parturienta fundándose en que aquélla no tenía título y había incurrido en el delito penado por el art. 343 del Código penal. Más delicado es el supuesto de una subasta alejando a los postores por medio de promesas o dádivas, y la jurisprudencia alemana, no ha tenido inconveniente en sostener la validez de la adjudicación hecha como consecuencia del acto.

Claro está, en algunas ocasiones, que la ley quiere evitar el acto, pero retrocede ante la idea de anular sus consecuencias, y así, la reglamentación del descanso dominical nunca ha buscado la sanción adecuada de las infracciones en la anulación de los contratos (venta, arrendamiento, etc.) celebrados, ni las disposiciones gubernativas que castigan la mendicidad, por muy fuertes que sean las multas establecidas, han llegado a decretar la nulidad de los actos lucrativos (limosnas, etc.) realizados en su contravención.

Las prohibiciones de disponer, término en que incluimos las de enajenar, se clasifican en legales, judiciales e administrativas y voluntarias, según tengan su origen directo en la ley, en una providencia judicial o de la administración, o en la voluntad privada (1).

No es fácil en algunos casos concretos la calificación, porque la ley impone sus dictados a través de una declaración de voluntad (por ejemplo en el matrimonio) o por boca del poder judicial (pro-

(1) Véanse otras clasificaciones menos importantes para nuestro objeto en el citado artículo del Sr. Ríos y Mosquera.

cesamiento) y sienta los supuestos abstractos de la prohibición de enajenar discutida.

III

PROHIBICIONES LEGALES PROPIAMENTE DICHAS

En el desenvolvimiento del Derecho romano las leyes y plebiscitos podían o no contener una sanción para asegurar su propia efectividad. Según la *sanctio*, la *lex* se calificaba, respectivamente, de *perfecta* o *minus quam perfecta*, si la transgresión provocaba un acto nulo o si era prevenida con una pena sin anular el acto. Por otra parte, no faltaron en tiempo de la República leyes que carecían de sanción, llamadas *leges imperfectae* que se limitaban a dar la pauta de un acto, cuyos efectos quedaban garantidos si se ajustaba a sus preceptos, dejando al magistrado la decisión relativa a su validez, caso de no ajustarse el acto a lo prescrito.

En el Código de Justiniano encontramos, sin embargo, una disposición de carácter general (1) que se niega a admitir pactos, convenciones y contratos celebrados contraviniendo una prohibición legal, de suerte que si fueren realizados habrían de tenerse no sólo por nulos, sino por inexistentes, aunque el legislador no hubiera especialmente impuesto esta sanción.

Nuestras Partidas reproducen el precepto con menos energía: «Otrosi decimos, que todo pleito que es hecho contra nuestra ley, o contra las buenas costumbres, que non debe ser guardado» (2).

Con mayor amplitud el art. 4.^º del Código civil estatuye: Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validz; y el art. 1.253 permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

(1) L. 5-C. Tít. 14-10. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infecti etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est.

(2) L. XXIII. Tit. II de la part 5.^a

Estos preceptos son tan generales que apenas nos sirven para deslindar nuestro problema. Por de pronto, la diversa vigencia de la ley, según sea de lo que llama nuestro Costa derecho necesario o voluntario, la forma gramatical y hasta la misma sistematización de las normas confunden al investigador. Para continuar nuestro razonamiento, recogeremos la antigua distinción de las leyes en imperativas, permisivas y prohibitivas circunscribiendo a estas últimas la materia o, mejor dicho, limitándonos a los preceptos que restringen o deniegan, en casos extraordinarios, la facultad de disponer atribuída por la técnica normal del derecho subjetivo en cuestión al titular (1). Se admite, por ejemplo, que una persona tiene capacidad completa y puede hacer donaciones, que presta su consentimiento de un modo espontáneo serio y libre, que se han observado las formas del caso, y sin embargo la donación es nula por chocar contra el precepto del art. 1.335 del Código civil.

Esta clase de prohibiciones, si de la ley o de su interpretación no se deduce otra consecuencia, destruyen el acto *erga omnes* (como si se tratase de una incapacidad propiamente dicha) sin necesidad de declaración judicial, de modo que cualquiera puede invocar la nulidad, y el registrador ha de tenerla en cuenta de oficio, quedando autorizado el que haya sufrido por ello un perjuicio para repetir lo pagado si ha habido enriquecimiento torticero, y anulada la cláusula penal con que se garantiza el cumplimiento de lo prohibido.

Por regla general, la prohibición de disponer legal es de orden público, se halla establecida en beneficio general y se presume conocida de todos, sin que la ignorancia excuse de observar lo mandado. En su consecuencia, no se inscribe en el Registro: si está inscrita no añade nada a la realidad jurídica y la modificación del texto legal queda ineficaz. El pacto hecho por los comuneros, e inscrito por error, de permanecer en la indivisión más de diez años, no engendra a favor de los mismos o de sus causahabientes un derecho real o un gravamen recíproco. Dernburg, Kretschmar y Raape sostienen que la inscripción no es inútil, por-

(1) El art. 119 del Cód. de Comercio, o el 146 de la Ley Hipotecaria, podrán o no cumplirse, pero en ningún supuesto se aplicará a los interesados y a los actos la técnica de las prohibiciones.

que si bien los contratantes sufren las consecuencias de la prohibición aunque no esté inscrita, los terceros adquirentes pueden ampararse en el principio de publicidad para desvirtuarlas, cuando no aparezcan del Registro. Bien es cierto que el ejemplo en que se apoyan (matrimonio de una mujer que en el Registro aparece como soltera) (1) se aproxima a las restricciones que luego estudiaremos.

Discútese si existen prohibiciones de enajenar legales dirigidas a proteger exclusivamente a una persona y que tan sólo produzcan una nulidad relativa regulada para favorecer a los terceros adquirentes de buena fe, pero, sin ánimo de entrar en las complejidades del problema, basta hacer notar que las leyes retiran en la mayoría de estos supuestos a la voluntad humana su potencia engendradoría, es decir, anulan el poder y no establecen un deber.

En nuestro Código no se ajusta la fraseología a una técnica rigurosa: casos hay (art. 45) en que el verbo prohibir se refiere a una obligación y no a la existencia misma del acto, que se considera posible y válido; en otros (art. 174) el acto parece más bien nulo que ilícito, y en algunos (art. 75º y siguientes) las incapacidades son denominadas prohibiciones.

Lo mismo podemos decir del *Codex juris Canonici* (2), cuya vigencia en nuestra patria es objeto de graves dudas, y cuya repercusión en el derecho civil, por lo que atañe a las prohibiciones de disponer, no cabe dentro de nuestras investigaciones, aunque tenga íntima relación con ellas.

(1) En el Derecho alemán el matrimonio hace surgir una restricción de la facultad de disponer de la esposa, eficaz *ergo omnes* (como nuestra falta de capacidad).

(2) Así el canon 1035, «Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el Derecho no lo prohíba», se refiere a los impedimentos, impedientes y dirimentes.

IV

PROHIBICIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS

Mucho mayor interés presentan las prohibiciones de disponer o enajenar judiciales o administrativas, dictadas por los Tribunales o autoridades competentes, en atención a circunstancias especiales y con relación a un sujeto jurídico determinado.

Estas prohibiciones se obtienen en autos o expedientes instados por parte interesada, y también de oficio para asegurar un procedimiento, tienen por principal finalidad favorecer a una o varias personas, se extinguén por caducidad de los respectivos derechos o defensas personales, y provocan la nulidad del acto realizado en su contradicción, relativamente a las personas protegidas, que en su virtud pueden consentirlo o confirmarlo.

El punto capital para el sistema hipotecario, que separa esta materia de la incapacidad propiamente dicha, es el valor de la buena fe y del conocimiento, sea por el mismo Registro, sea por otros medios, de la prohibición. La persona que compra una finca a un menor de edad que se finge mayor, no puede alegar en apoyo de su validez ni el silencio del Registro ni su propio conocimiento, ni los datos hipotecarios o extrahipotecarios en que ha confiado para otorgar el contrato. ¿Se hallará en iguales condiciones el que contrate con una persona declarada en quiebra?

En el número 4.^º del art. 2.^º de la vigente ley hipotecaria, cuya redacción apenas se diferencia de la primitiva, se declaran títulos inscribibles las *ejecutorias* en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia o la presunción de muerte de personas ausentes; se imponga la pena de interdicción o cualquier otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto a la libre disposición de sus bienes; y en el artículo 42, número 5.^º, se concede anotación preventiva al que propusiere demanda con objeto de obtener algunas de las *provisiones* expresadas en el número 4.^º del art. 2.^º

Por otra parte, los primeros números del art. 42, especialmente el final del número 4.^º, permiten la anotación preventiva de

verdaderas prohibiciones de enajenar, y el art. 105 del Reglamento Hipotecario preceptúa que también procederá cuando se declare a algún deudor en concurso o quiebra.

Aplicando, por lo tanto, con todo rigor el primer párrafo del artículo 23, tanto las incapacidades como las prohibiciones, no pueden perjudicar a tercero cuando no se hallen inscritas o anotadas.

La Comisión redactora, siguiendo las huellas de algunas legislaciones hipotecarias (1) se orientó en un equivocado sentido: «Si la ley no atendiera, dice la Exposición de Motivos, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el objeto apetecido.

No es el Registro de la propiedad el órgano de la publicidad del estado civil, ni por la distribución de las oficinas, ni por razón de la materia, ni por los principios fundamentales, ni por la reglamentación de las inscripciones, ni por la forma de las mismas, y aunque en un período en que el Registro del estado civil no se hallaba organizado ni tampoco existía gran precisión en materia de incapacidades, pudieron pasar inadvertidas diferencias tan esenciales como las que separan la capacidad de la facultad dispositiva, no tardó en aparecer la deficiencia del sistema.

Ningún autor discute en serio si las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena, vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento han de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción, y su determinación legítima, de los datos de asiento.

La simple necesidad de practicar cientos de inscripciones para obtener un resultado positivo, el aborto hipotecario del «Libro de incapacitados» mandado abrir por una orden de la Dirección general de los Registros de 12 de agosto de 1863 (2) y la imposibilidad de acoplar sus pronunciamientos a los cánones del sis-

(1) Probablemente influyó en el ánimo de los redactores el Cap. II del título III del Proyecto de ley redactado para el Cantón de Ginebra por Girod, Rossi y Bellot y presentado en 1827 al Consejo de Estado; capítulo que se intitulaba «Publicidad que se ha de dar por la inscripción a las incapacidades que quitan o limitan el ejercicio del derecho de propiedad».

(2) Véanse los artículos 245 y siguientes del Reglamento hipotecario.

tema, serían razones para impugnar todo lo estatuido, si la práctica no hubiera seguido el buen camino, resolviendo los problemas con criterios más jurídicos.

Frente al art. 33 de la ley hipotecaria, según el cual la inscripción no convalida los actos o contratos (1) que sean nulos con arreglo a las leyes, se estrellarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada.

«Si a la inscripción se concediese tal fuerza que no pudiera ser cancelada por lo nulo del título, el árbitro de la propiedad sería el registrador: todos los títulos para adquirir se reducirían a uno: el asiento en el Registro. ¿Quién entonces podría vivir seguro de su derecho? Un contrato de menores, sin autorización... cuantas garantías ha acumulado la experiencia de cien generaciones, quedarían vanas e inútiles» (2).

Hasta la ley de abril de 1909, siempre se había considerado que, entre los otorgantes del acto o contrato inscrito, el art. 33 de la ley contenía el dogma del valor condicional o resolutorio de la inscripción en el sentido más profundo, que es el de la nulidad o falsedad del título (3).

No cabe duda, por lo tanto, que los actos de un incapacitado podrán resolverse por el repetido art. 33. La doctrina de la capacidad, de sus restricciones, limitaciones y eclipses (enfermedad aguda, alcoholismo, epilepsia, hipnotismo...) es demasiado compleja para que esperemos ver en el Registro una imagen exacta.

Ante todo, se impone la separación de los dos conceptos afines: capacidad y facultad dispositiva, el primero de los cuales hace referencia a potencias espirituales y el segundo a poderes patrimoniales. La facultad de disponer corresponde normalmente al titular del derecho, como parte de un contenido, pero pueden darse variaciones en dos sentidos: de un lado, cabe una facultad dispositiva sobre derecho ajeno, de otro, puede estar restringida la correspondiente al titular. A este último grupo pertenece, la restricción impuesta al quebrado y, en grado menor, es decir, con efectos más limitados, las prohibiciones de enajenar anotadas y las judiciales.

(1) La ley de 1861 decía *inscritos*.

(2) Galindo y Escosura: Comentario al art. 33, párrafo 1º

(3) Díaz Moreno. «Legislación Hipotecaria». Madrid, Marzo 1912, II, 160.

Las faltas de capacidad y las limitaciones de disponer se distinguen tanto en sus presupuestos como en sus efectos: las primeras descansan en el derecho de la personalidad y tienden a proteger al incapacitado; las segundas se imponen en interés general, o de un grupo o de una persona determinada. El amparo que necesita el incapaz, pesa más en el ordenamiento jurídico que los intereses del tráfico y la protección de la buena fe, por lo cual los acreedores que con ella hubieran procedido, no pueden invocarla, aunque el Registro sea incompleto. En cambio, la mayoría de las veces, puede ser subsanado el poder dispositivo deficiente, por la falta de mala fe en el tercer adquirente. De aquí la inutilidad de inscribir las unas y la conveniencia de inscribir las otras, sobre todo cuando nacen de circunstancias de escasa publicidad.

Para suplir la falta de capacidad acude la ley al mecanismo de la representación; la deficiencia en el poder dispositivo no se completa por este medio, aunque, en ocasiones, asume las facultades de disponer un administrador legal del patrimonio.

Acaso sean frutos de una oscura intuición de estos problemas, tanto la razón alegada por La Serna para negar la inscripción de las providencias de discernimiento del cargo de tutores de huérfanos, que llevan impresa en su fisonomía la incapacidad para contratar, como la doctrina consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Mayo de 1898, que reconoce la validez de una cesión de crédito hecha por un pródigio, si el fallo declarándole tal no se inscribió en ningún Registro, y además vivía de su trabajo y debía atribuirsele capacidad para contratar sobre otros negocios.

Como las limitaciones judiciales de disponer o enajenar hipotecarias se hallan íntimamente unidas con la teoría de las anotaciones preventivas, dejamos por ahora el examen de sus efectos y vamos a limitarnos a hacer algunas indicaciones sobre la litigiosidad de fincas o derechos, que pondrán en evidencia las relaciones del principio de publicidad con la materia.

En la ley primera del título XII, libro primero, del Fuero Real se ordena que «ninguna cosa que sea metida en contienda de juicio, no pueda ser vendida, ni enajenada ni traspuesta del lugar donde es a otro, hasta que sea librada por juicio o por avenencia»; y la ley tercera del mismo título decreta que «quien la cosa

que es metida en contienda de juicio, recibiere en ninguna manera sabiendo que era en contienda, sea tenido de responder, e de hacer derecho aquel que la demanda, así como era tenido aquel de quien la recibió». Con mayor precisión, y ajustándose a los precedentes romanos y canónicos la ley 13, título VII, de la Partida V, manda «que todo ome que fuese emplazado, si enajenase la cosa, sobre que fué hecho el emplazamiento, quel quisieran demandar, diciendo e razonando los demandadores, que non auia derecho en ella, e que era suya de ellos; que tal enajenamiento non vala, e que sea tornada aquella cosa, en poder de aquel que la enajenó...» Y añade, después de citar las penas en que se incurre, que el «cambio o el donadio» en igual caso no valga.

Aunque las penas a que hemos aludido habían caído en desuso al redactarse la ley Hipotecaria (1), la doctrina seguía vigente, y se prohibió la hipoteca de cosas litigiosas, «porque mientras está en tela de juicio el dominio de una finca, no puede considerarse a ninguno de los contendientes con derecho, ni para enajenarla ni para hipotecarla». El número 10 del artículo 107 de la ley de 1869 permite la hipoteca de «los bienes litigiosos si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito sin que pueda perjudicar los derechos de los interesados en el mismo, fuera del hipotecante».

Explicando este precepto, los comentaristas Galindo y Escosura aseguran que si el hipotecante tiene inscrito el dominio de los bienes litigiosos y los que le demandan estos bienes no han anotado la demanda en el Registro, ni en la escritura de constitución de hipoteca consta que los bienes están en litigio, el deudor puede hipotecarlos libremente, y esta hipoteca surtirá efecto, aún cuando se fallara a favor de los demandantes declarándose que el dominio de los bienes hipotecados les pertenecía (2).

Difícil sería sostener este criterio absolutorio cuando se demostrara que el acreedor hipotecario conocía el pleito, sobre todo si no podía tomarse la anotación preventiva del número primero del

(1) Véase la nota (b) a esta ley en «Los Códigos españoles», tomo III (segundo de las Partidas). Madrid. *La Publicidad*, 1848.

(2) Op. cit., vol. III, pág. 190

artículo 42, por carecer el demandante del *documento bastante al prudente arbitrio del juzgador*, que exige el artículo siguiente. Bien claramente establece la rescindibilidad el número cuarto del artículo 1.291 del Código civil, si los contratos referentes a cosas litigiosas hubieran sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente; y el segundo párrafo del artículo 1.295 sólo exceptúa a las tercera personas que no hubieran procedido de mala fe.

Dado el valor que para el Tribunal Supremo encierra la mala fe, o sea el conocimiento de la inexactitud o deficiencia de la inscripción, se llega en nuestro sistema hipotecario a la misma conclusión que en el germánico: la prohibición de enajenar bienes litigiosos produce efectos contra terceros adquirentes que no hayan pactado de buena fe, aunque nada constare en el Registro.

Precisamente, la discusión de los efectos hipotecarios de la *litis pendencia* divide en la actualidad a los autores alemanes, pues mientras unos afirman que basta la demostración de que se ha interpuesto demanda sobre una finca o derecho para tomar anotación preventiva de la litigiosidad, exigen otros una providencia judicial. En nuestra técnica, quien hubiera comprado una finca, pagado el precio y estado en posesión de la misma durante mucho tiempo, ¿cómo podría oponerse a la confabulación del titular, según el Registro y de un tercer comprador, si la ley no le permite tomar anotación preventiva de su demanda, por haber perdido el documento privado en que apoya sus derechos?

V

PROHIBICIONES VOLUNTARIAS

Las dudas que la materia presenta se hacen más densas para nosotros al estudiar las limitaciones convenidas o impuestas por la voluntad privada.

En el derecho romano, según la opinión más aceptada, podían establecerse prohibiciones de disponer aún en los contratos, pero sin efectos reales, es decir, como obligaciones cuyo incumplimiento daba lugar, en su caso al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Se admitía en este sentido como válido cualquier pacto que a la tradición se uniere (1).

Un fragmento de Pomponio (2) declara que nadie puede pactar con resultados prácticos, que no se consagrará su fondo a un fin religioso, ni enterrará en él ni lo enajenará sin permiso del vecino.

Cuando el donante prohibía la enajenación y el donatario enajenaba la cosa, podía aquél, según unos, anular el acto y reclamar lo enajenado al tercer poseedor; pero la solución más correcta, según un pasaje del Código justiniano, concedía al favorecido por la prohibición tan sólo una acción personal, declarando válida la enajenación (3).

La historia de las prohibiciones testamentarias de enajenar va intimamente unida a la de las sustituciones fideicomisarias, y desde el primer siglo de nuestra era hasta las últimas convulsiones políticas pasaron ambas por las mismas vicisitudes.

Un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino (L. 114, página 14-D. tít. único del L. XXX) declaraba sin ningún valor las prohibiciones de enajenar testamentarias, si no hubieran sido establecidas en atención a ninguna persona (hijos, descendientes, libertos, herederos...) La ley 44, tít. 5.^º de la 5.^a Partida reproduce la misma norma, ordenando que si el testador dijese que no se vendiese un castillo, torre o casa «non mostrando razón guisada por qué, o non señalando persona alguna o cosa cierta por que lo fazia» valdría la enajenación prohibida. Con igual criterio la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1884 confirma un fallo de la Audiencia de Barcelona que levantaba en cierto modo una prohibición que no se había inscrito como condición, ni fideicomiso, ni con expresión de causa. Y la Sentencia del mismo Tribunal de 12 de Enero de 1907 afirma que, cuando es desconocida la finalidad de la prohibición de enajenar impues-

(1) In traditionibus rerum quodquaque pactum sit, id valere manifestissimum est. L. 48 D. de pactis, 2, 14.

(2) Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito preedium alienet. L. 61-D. de pactis, 2, 14.

(3) Ea lege in vos collata donatio: Ut neutri alienandae suaee portionis facultas ulla competeteret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet: vel ut donatori vel ejus heredi conditio, si non fuerit conditio servata, quocatur. (L. 3. C. de condi ob causam datorum. 4, 6.)

ta por un testador a su heredero o legatario, procede la aplicación estricta de tales preceptos en Cataluña.

El fragmento (D) de la Constitución única inserta en el título 18, libro VI del Código, alude a la posibilidad de dejar legados o fideicomisos a personas inciertas, y sobre todo la Constitución 7.^a, tít. 51, libro IV del mismo Cuerpo legal que distingue las limitaciones legales de las testamentarias y contractuales, prohíbe en absoluto la enajenación, manumisión, constitución de usufructo, hipoteca, servidumbres o ensiteus's, a no ser en los casos en que la autoridad de las Constituciones, la voluntad del testador o el tenor de los pactos hubiesen permitido se realizaran. En fin, el capítulo XI de la Novela 115 (C. 119 del texto griego) prevé el caso de que se deje por testamento una cosa inmueble «a su familia o a otra cualquiera persona a título de legado y especialmente se dijese que en ningún tiempo sea enajenada esta cosa, sino que permanezca en poder de los herederos o de los sucesores de aquel a quien se dejare» para negar la aplicación de la Ley Falcidio, porque el mismo testador había prohibido su enajenación.

Sostuvo la Glosa el principio de la ineficacia de los pactos de no enajenar, y así dice Bartolo: *Pactus de non alienand, o rem propriam non valet* (1), aunque intentó concordar esta negativa con otros textos que, por ejemplo, autorizaban el pacto de investigar una fuente en predio propio. Los Códigos modernos cada vez se muestran más refractarios a limitar las facultades dispositivas, y dejan en pie solamente las obligaciones correspondientes a tales pactos. Con ello se atiende, en primer término, a evitar la amortización de la propiedad y las confabulaciones que tienen por objeto hacer inembargable un patrimonio, y en segundo lugar, se mantiene el carácter absoluto de los derechos reales, que, siendo objetivamente enajenables, pierden por la eficacia real de la prohibición esta modalidad, y engendran situaciones jurídicas ambiguas.

Nuestro Código civil permite las prohibiciones de enajenar testamentarias siempre que se hagan en favor de personas que vivan al fallecimiento del testador, y en otro caso, cuando no pasen del

(1) En la citada L. 61-D.

segundo grado (1); igual precepto sienta en materia de donaciones (2).

Entre las normas relativas a obligaciones contractuales, tan sólo encontramos en el artículo 1.807 la posibilidad de constituir, a título gratuito, una renta vitalicia *inembargable*, y este contrato, por su parecido con las donaciones, apenas pueden servir de orientación especial.

No habla la ley Hipotecaria de la inscripción de títulos prohibitivos, y antes al contrario, el número 4 del artículo 107 permite hipotecar bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar. Según las frases de la *Exposición de motivos*, este pacto «no debe tener fuerza civil obligatoria, por carecer de objeto», y si bien en este momento parece referirse principalmente a la *fuerza real*, falta un texto legal expreso que confiera a la prohibición estipulada efectos obligatorios.

Poca luz da sobre la improcedencia de extender este notable precepto a las demás prohibiciones, el art. 14 del Reglamento que permite la inscripción de cualquier acto o contrato que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales, porque más bien que las facultades del dominio, modifican las prohibiciones estudiadas el poder dispositivo del dueño. Si, por otra parte, el art. 18 del mismo texto declara que no son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre muebles, ni la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos que pueden originar una inscripción, ¿por qué hemos de llevar al Registro en especial la obligación de no constituir, transmitir, modificar ni extinguir o no celebrar contratos en lo futuro?

La misma configuración negativa de estas limitaciones, que no atribuyen derechos positivos a personas determinadas y que sólo por conjeturas parecen impuestas unas veces a favor del adquirente, como si se tratase de una tutela extralegal del pródigo, otras a favor del disponente, para evitar el perjuicio que puede causarle la enajenación posterior, y otras en beneficio de terceros más o menos

(1) Artículo 785, párrafo 2º, en relación con el 781.

(2) Artículo 639 y siguientes.

inciertos, se aviene mal con la necesidad de que todo derecho subjetivo tenga en el Registro su titular manifiesto.

No cabe dudar de que la Dirección de Registros se ha mostrado en estos últimos tiempos refractaria a la admisión en el registro de las prohibiciones de disponer pactadas, y esto aun en los casos en que se presentaban bajo la forma de condiciones (1), limitando en lo posible el alcance de los pactos inscritos (2); pero, en cambio, ha otorgado a las testamentarias una fuerza impeditiva que casi llega al cierre de los libros, en cuanto ni siquiera con autorización judicial, se consigue vencer el obstáculo (3) que oponen a las ulteriores inscripciones.

Un poco conocedores de las incidencias de este desenvolvimiento jurídico y de las influencias doctrinales que en el asunto han juzgado, permítasenos contestar a dos cuestiones planteadas por los distinguidos escritores citados que han estudiado la materia en el Derecho español.

El Sr. Lezón afirma que entre los pactos opuestos a las leyes no se comprende, en modo alguno, el de prohibición de arrendamiento inscribible, y el Sr. Ríos se pregunta cuál será la posición intermedia que, según la Resolución de 15 de Enero de 1918, ocupa la prohibición de enajenar convenida intervivos, que no encuentra en la Ley una explícita autorización.

Ya hemos indicado que los romanistas alemanes admitían la validez del pacto de no enajenar y su eficacia para engendrar obligaciones, no derechos reales.

En la ley hipotecaria sajona de 6 de Noviembre de 1843 existía un párrafo que ordenaba se llevasen a los libros hipotecarios las limitaciones en el libre ejercicio del derecho de propiedad, siempre que naciesen, no de las condiciones objetivas de la finca, ni de las circunstancias personales del dueño (por ejemplo, la menor edad), sino de un especial título jurídico como el retracto, las sustituciones fideicomisarias, el goce de la finca por otra persona, el compromiso de continuar el arriendo existente, o que deriven de un mandato judicial o estuvieren aseguradas con hipoteca.

(1) V. las Res. examinadas por el Sr. Ríos Mosquera, págs 248 y siguientes de esta Revista

(2) V. la Res. de 14 de Abril de 1921.

(3) V. la Res. de 23 de Julio de 1924.

El derecho nacional prusiano permitía al propietario auto-limitarse en su poder dispositivo o renunciar a la facultad de gravar una cosa, con plenos efectos contra el tercero que lo supiere.

Por el contrario, el primer proyecto de Código civil alemán decataba: La facultad de disponer que corresponde al dueño o titular de un derecho, no puede ser excluida o restringida con efectos contra tercero, por medio de negocio jurídico, si la ley no dispone otra cosa». Esta prescripción iba dirigida contra las limitaciones contractuales del poder dispositivo característico de un derecho real, no se refería a las obligaciones propiamente dichas.

Con mayor generalidad, el art. 137 del mismo Código alemán deciara que la facultad de disponer de un derecho enajenable no puede ser excluida ni limitada por acto jurídico. La eficacia del compromiso de no disponer, añade, de un derecho de tal especie, queda a salvo.

Es decir, que separa netamente los efectos *reales* (negándolos) de los *obligatorios* (dejándolos a salvo).

Si por una de las cláusulas del contrato de hipoteca me comprometo a no arrendar la finca, y más tarde arriendo, este último contrato será válido. Es más, el acreedor ni siquiera podrá exigirme daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de no arrendar, cuando yo pagase la deuda a su vencimiento sin dar lugar a la lesión.

Mis distinguidos colegas convendrán conmigo en que la técnica es clara y sencilla.

Frente a tercero, el pacto nada significa; no se admiten los derechos reales relativos, que introducían la confusión en el Registro y permitían al deudor de mala fe escamotear su patrimonio.

Notable excepción que aproxima a los dos sistemas hipotecario, alemán y español, es el art. 1.136 del Código citado, que como nuestra Exposición de Motivos declara nulo el pacto de no enajenar ni gravar el precio hipotecado.

¿Qué graves inconvenientes pueden encontrarse en esta orientación doctrinal intermedia, tan conforme a los precedentes ro-

manos y germánicos que inspiran al derecho español? (1).

En el campo de los derechos reales, el papel de la voluntad es menos importante de lo que piensan los profanos.

Ningún ordenamiento jurídico confiere efectos reales al pacto estipulado por el vendedor de una perla, que prohibiera al comprador y sucesores enajenarla a determinada persona. ¿Por qué hemos de aprovechar la indefinida potencialidad de la escritura (o de la inscripción) para entorpecer y ligar el comercio y el crédito hipotecario?

El art. 1.255 de nuestro Código no se opone a tales soluciones: la obligación contractual puede ser válida y las responsabilidades por su incumplimiento, exigibles.

Pero entre el deber y el ser hay un abismo. Yo puedo comprometerme a no escribir en otro periódico que «Revista crítica», o a no explicar en otra Academia que la de Jurisprudencia, y puedo faltar a mis compromisos, sin temor a que la fuerza pública rompa los moldes de la imprenta competidora o cierre las puertas del nuevo edificio. La obligación vive mientras tanto *su vida*.

Los derechos reales son, en cierto modo, moneda acuñada, cuyo peso no debe dejarse al arbitrio de los contratantes.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) Es chocante que en las Memorias redactadas por los Registradores de la Propiedad sobre la prohibición de enajenar (V. el Resumen en las páginas 587-595 del *Anuario de la Dirección de Registros*, 1924) no se intente solucionar los conflictos con arreglo a la sistemática del Código civil alemán.