

Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el Derecho hipotecario español^(*)

La anotación de las prohibiciones judiciales de enajenar suma una más a las interesantes características de las anotaciones judiciales constitutivas que resultan de lo expuesto: la de proteger un derecho incierto con una limitación no eventual, sino cierta. La medida es totalmente autónoma no sólo en su origen (acción aseguradora), sino en sus efectos (limitación actual independiente de que el derecho asegurado exista efectivamente). En ella hay no sólo una amenaza (implícita) de posible pérdida del derecho por un titular (derivada del pleito en que se reclama el pago), sino además un efecto jurídico eficaz desde su nacimiento y que repercute en el derecho afectado, hasta el punto de privarle de una de sus características jurídicas: la alienabilidad.

Desde este punto de vista, esta anotación ocupa una situación intermedia (dentro de las judiciales constitutivas) entre la anotación obtenida para ejecución de sentencia firme—en que la limitación que la anotación implica para el propietario es cierta, efectiva, con existencia indudable—y las demás, en que hay una amenaza subordinada, potencial, que depende en sus efectos de la terminación del proceso en curso. Porque en la de prohibición de enajenar se dan simultáneamente ambas clases de efectos: el primero, en cuanto que desde su fecha pesa sobre la cosa una prohibición de disponer que actúa eficazmente frente a todos, haciendo nulos los actos en contra; el segundo, en cuanto que, subordinada al fin del litigio, pesa implícita sobre el titular una amenaza de pérdida de su derecho como consecuencia de la ejecución de la sentencia condenatoria posible. Así considerada esta anotación, se nos presenta, en su estructura puramente inmobiliaria (1), en igual línea que la anotación de secuestro, pero reforzada en sus

(*) Véanse los números 99, 100 y 102 de esta Revista.

(1) Esto es, prescindiendo de considerar la relación *personal* de secuestro (como mero depósito judicial).

efectos por una autónoma prohibición de enajenar. Como consecuencia de esto último, varían totalmente los efectos que cada una de estas dos figuras produce en relación a las enajenaciones (en sentido amplio) hechas por el titular del derecho gravado, pendiente la anotación. En la de secuestro será posible la transmisión o gravamen (aunque subordinadas a la decisión del proceso: artículo 71 de la ley Hipotecaria); en la de prohibición de enajenar, esto será totalmente imposible (1).

Conviene aquí deslindar el campo de las prohibiciones de enajenar para evitar toda confusión. Evidente es la diferencia entre ellas y las normas de incapacidad (2). Aquéllas afectan a la cosa —o, mejor, al derecho—, limitando la relación jurídica de su titular; éstas, por el contrario, afectan a la órbita general de la capacidad del sujeto, al que impiden realizar por sí actos jurídicos, aunque éstos sean ciertamente posibles cuando se realicen por su representante legal. Las prohibiciones de enajenar aparecen como una especie de la categoría de las normas prohibitivas, de carácter absoluto, ya que los actos prohibidos lo son en todo caso sin sujetarlos al cumplimiento de ciertas formalidades (3).

Igualmente hay que excluir de dicho concepto aquellas excepciones a la regla de la alienabilidad de los derechos patrimoniales que el orden jurídico establece como integrando la naturaleza de la relación: así, la inalienabilidad de los derechos de uso y habitación. Por prohibición de enajenar debe entenderse solamente la que afecta a un derecho normalmente transmisible y que resulta de una norma prohibitiva encaminada a la cosa directamente (4).

(1) Para las enajenaciones forzosas en virtud de relaciones anteriores, basta aludir para salvarlas a la función positiva de la publicidad registral. Para la posibilidad de una enajenación forzosa por crédito anterior en fecha, véase a continuación.

(2) V. J. González: *Principios hipotecarios*, pág. 347 y sigs.

(3) Ej. artículo 45 del Código civil. Por ello es equivocado, a mi entender, el intento de estudiar unificadamente las llamadas prohibiciones (frente a las normas de incapacidad) sin analizar sus distintas variedades, ya que sus efectos varían de caso a caso. Por esto abandonamos este camino, intentado por otros, al estudiar las prohibiciones de enajenar.

(4) No al acto; ej. artículo 1.333 del Código civil. En las prohibiciones de enajenar, la ley ataca actos porque se refieren a cierta cosa; en las segundas, a relaciones, ya en sí (subenfeusis, artículo 1.654 del Código civil), ya celebrados por determinadas personas (artículo 1.459 del Código civil), o sin

Así, dice Ferrara que «la prohibición de enajenar en sentido técnico supone no sólo que alguno sea titular de un derecho y que este derecho exista libre e independiente, sino que la persona sea capaz de enajenarlo, y, sin embargo, por una *razón especial*, esté impedida la transmisión» (1). Con esto se impide que se incluyan en el estudio de las prohibiciones de enajenar todas aquellas normas prohibitivas en que no se den estas características. Conviene añadir que la prohibición puede afectar tanto a una cosa determinada como a la totalidad de un patrimonio (por ejemplo, en la quiebra).

Cuando se estudia la repercusión de esta clase de normas (2) sobre la relación jurídica del titular del bien afecto, la primera apreciación posible parece ser la de que las cosas devendrían incomerciables. Esta observación, no obstante su falsedad, se encuentra en algún autor. Así, Dusi dice que «son *incomerciables...*; 2.º, *por determinación de la ley*, las cosas que la ley expresamente declara inalienables; por ejemplo, los derechos a sucesiones futuras...» (3). Esta asimilación está desprovista de sentido técnico, y con razón es combatida por los autores (4). Las cosas incomercia-

ciertos requisitos (artículo 45 del Código civil). Son variaciones del concepto de prohibición que obedecen a la peculiar *ratio legis* de cada norma. Por esto varía la sanción de la inobservancia de cada una, que siendo la nulidad absoluta para las objetivas, puede ser la mera anulabilidad o adición de penas en las demás.

(1) *Trattato*, v. 1.º, parte 1.ª, pág. 769 y sigte.

(2) Con este término es claro que nos referimos no sólo a las legales, sino además a las negociales (en los casos posibles) y a las dictadas por el Juez usando las facultades que una norma elástica (arbitraria) le concede.

(3) *Istituzioni*, tomo 1.º, pág. 121. En nota, precisa así su posición: «Bien diversa de la incomercialidad o inalienabilidad de la cosa (inalienabilidad *real*) es su *indisponibilidad* (o inalienabilidad *personal*): la primera es objetiva y afecta la cosa en sí; la segunda es subjetiva y concierne la persona del propietario.»

(4) Coviello: *Man. del Dir. civ. it.*, parte general, § 84, pág. 282. «La frase «cosas fuera de comercio» no precisa tomarla en sentido amplio e indicar con ella todas las cosas que no son capaces de algunos negocios jurídicos, como el fundo dotal, que no puede ser enajenado libremente; los derechos reales de uso y habitación, los créditos alimentarios, que son incédiles e intransmisibles, etc.; sino que sirve para expresar solamente aquellas cosas que en su totalidad no pueden ser objeto de derechos privados. Las otras cosas cuya disponibilidad está limitada son, sin embargo, cosas en comercio,

bles no pueden entrar a formar parte del patrimonio privado; las inalienables, por el contrario, forman parte de éste. La distinción aparece claramente al considerar, por ejemplo, los efectos de la usucapión en relación a unas y otras (1).

En el antiguo concepto del dominio como un complejo de facultades, las prohibiciones de enajenar justificaban por sí solas su naturaleza real: eran limitaciones a la facultad de disponer. Pero esta configuración no es posible sostenerla después de la decisiva crítica de Ferrara a este pretendido elemento del dominio. La facultad de disposición, dice este autor, no pertenece al *contenido* del derecho. «Es, ciertamente, una *facultad jurídica*, pero que tiene su raíz en la general capacidad de obrar y no está dentro del contenido del *singular* derecho. Cuando se dice que la facultad de disposición es un poder que *entra* en el derecho de propiedad, se comete un error evidente. De hecho, el propietario que enajena transmite la propiedad, luego la propiedad es objeto de enajenación. Pero entonces, la fuerza que transmite la propiedad no puede ser una *parte* de ésta, sino que debe estar fuera. Lo que es transferido no puede ser al mismo tiempo lo que transfiere. Yo puedo arrojar lejos una piedra, pero nadie dirá que es la piedra la que me da la fuerza para lanzarla. La fuerza estaba en mí antes, la piedra formaba sólo el objeto de su aplicación. Ciento que para transmitir un derecho preciso tener la potestad de disposición, pero ésta no está inserta en el derecho transmitido, sino que se remonta a la capacidad jurídica» (2).

Si este concepto se aplicase tal como va expuesto a las prohibiciones de enajenar (entendidas como limitaciones de la facultad de disponer), llegaríamos a la conclusión de que por afectar a la capacidad del sujeto, carecería de toda justificación su inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad. Pero esta consecuencia no podría menos de repugnar al más elemental sentido jurídico. Hay que precisar, por tanto, el concepto si no se quiere llevarlo a campos extraños y a consecuencias absurdas.

en cuanto forman parte del patrimonio privado.» V., además, Zacchariae-Crome, *Man. del Dir. it. franc.* (trad. it.), I, pág. 277; Ferrara, ob. cit., página 768 y sigs.; Fadda y Bensa en las notas al Windscheid, pág. 673 y sigs.

(1) V. art. 1.936 del Código civil.

(2) *Trattato*, tomo 1º, pág. 327.

La facultad de disponer no pertenece, evidentemente, al contenido de un derecho concreto: es una manifestación de la capacidad de obrar aplicada a los negocios de enajenación. Pero si esto es indudable, no lo es menos el que la alienabilidad o inalienabilidad forma parte de la estructura jurídica de una relación social. El Derecho, al recoger las relaciones de la vida dotándolas de protección y elevándolas con ello a relaciones jurídicas, determina las condiciones en que aquéllas entran en su seno, y entre ellas, la de su posibilidad de entrar como objeto en la esfera de los negocios de enajenación (en sentido amplio). Así le es posible concebir una relación como personal e inalienable (ejemplo, los derechos de uso y habitación), o bien—y es la regla general—como apto para ser transmitido. La alienabilidad o no, pertenece por ello a la naturaleza, a la estructura del derecho subjetivo, porque es una de las características que el derecho objetivo asigna a una relación humana al recogerla dentro de su propio campo. La alienabilidad es al objeto, en una transmisión, lo que la facultad de enajenar respecto al sujeto. Y tanto una como otra deberán ser exigidas para que el negocio sea posible.

Las prohibiciones de enajenar, en consecuencia, afectan no a la capacidad, sino a la relación jurídica, al ejercicio del derecho afecto. Este deviene inalienable, intransmisible, como consecuencia de la limitación que al derecho subjetivo lleva la prohibición de enajenar. Es un derecho que encuentra en tal sentido una limitación especial, de contenido opuesto a aquella cualidad de la relación del titular: a la alienabilidad. Su derecho está por ello limitado jurídicamente, al igual que cuando lo limita un derecho real cualquiera. Sólo que aquí no hay un titular de la limitación (1). Es una limitación real que no crea frente al derecho afecto ningún derecho subjetivo (2). Y esta naturaleza justifica plenamente la referencia al sistema del Registro de la Propiedad.

Las prohibiciones de enajenar—ya sean legales, judiciales o voluntarias (en los casos en que la ley las permite con eficacia real)—tienen de común esta naturaleza, y, en consecuencia, una serie de efectos comunes. Los dos primeros grupos escapan, en rigor, a los términos de este trabajo. Sobre el debatido tema de la

(1) Aunque sí beneficiarios, interesados.

(2) Esta característica aparece también en la Res. 20-XII-29.

posibilidad de las convenciones donde la ley no conceda la facultad de imponerlas, creemos, con Zaccariae, que «así como la libre enajenabilidad de la cosa es la regla, así las prohibiciones de enajenar se fundan sólo sobre una especial disposición de la ley. Esta pronuncia la inalienabilidad directamente o remite esta decisión a una disposición privada» (1). O de un órgano suyo, habría que añadir. Pero ello no impide los efectos puramente obligatorios del contrato, a menos que la forma de entrar la prohibición en él implique la posibilidad de llegar al mismo resultado; por ejemplo, estipulada como condición resolutoria (2).

De esta identidad de naturaleza no hay por qué exceptuar las nacidas de una resolución judicial. Ya con referencia al Derecho

(1) Zaccariae-Crome, ob. cit., I, pág. 277.

(2) Zaccariae-Crome, ob. cit., I, pág. 278; Brugi, *Ist.*, pág. 279 (segunda edición); Dernburg, *Pand.*, II, § 217; Windscheid, *Pand.*, I, § 172 a; J. González, *Princ. hip.*, pág. 356 y sigs. Sobre la eficacia de estas prohibiciones convencionales según la jurisprudencia francesa, véase Saignat, *De la clause portant prohibit. d'aliéner*, Bordeaux, 1896; Bretonneau, «Etude sur les clauses d'alienationabilité», París, 1902; Albert Chéron, «La jurispr. sur les claus. d'alien.» (*Rev. Trim.*, 1906, pág. 339 y sigs.); Albert Wagner, «La clause d'inalien. dans les donations et les legs» (*Rev. Trim.*, 1907, pág. 311 y sigs.), y especialmente Leonce Thomas, «Des clauses portant défense d'aliéner, de céder ou de saisir dans les dispos. entre vifs ou testam.» (*Rev. Trim.*, 1908, págs. 44, 119, 389 y sigs., y 1909, pág. 205 y sigs.). En Italia hay algunos autores influidos por esta doctrina, que distinguen también entre las prohibiciones perpetuas y las temporales que protegen un interés ilícito; así, Stolfi, *Dir. civ.*, II, parte prima, núm. 324; Cogliolo, *Scrit. var. di Dir. priv.*, II, pág. 39, «se e quando è valida la claus. d'insequestr. porta de un testatore...». La generalidad de los autores siguen, en cambio, las huellas alemanas, distinguiendo entre efectos reales y obligatorios: véase Dusi, *Ist.*, I, pág. 121; Dusi, «Revocabilità dei dir. sag. patrim.» (en la *Riv. It. per le Sc. Giur.*, 1898-99), especialmente en el número 9; Ferrara, *Tratt.*, I, p. 770; Ferrara, *Teoria del neg. illecito*, p. 256 ss., etc. Sobre la prohibición en general puede verse además Schröder, *Zur Lehre v. die Gesetzliche Veräußerungsverbot*, 1875; Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, 1848; Lauk, «Veräußerungsverbot» (en *Giess. Zeitschrift*, 1841, número 1); Oehlschläger, *Vindikation der gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot veräusserten Sache*. Gottinga, 1902, y los demás cits. por Dernburg y Windscheid. En español sólo conozco sobre el tema (además de la obra citada de D. J. González) el trabajo de Ríos Mosquera en esta Revista (1925, p. 241) y el de Serrano, «Proh. temp. en los contr.» (*Rev. Der. Priv.*, 1913, p. 47-48). V. también el ya citado Anuario de la Dirección y las Res. 15-1-18; 23-3-26; 27-8-29; 20-12-29.

romano suelen consignar los pandectistas el principio de que las prohibiciones judiciales de enajenación tenían igual fuerza que las legales (1). Y la afirmación llega, tras leves discusiones (2), hasta el § 136 del Código civil alemán, que establece que «una prohibición de enajenar dictada por una autoridad judicial o por otra autoridad dentro de los límites de su competencia, está equiparada a una prohibición legal de enajenación...».

La justificación de esta identidad de efectos—secuela de su igual naturaleza—es de fácil justificación cuando se atiende a las normas que determinan el nacimiento de tales disposiciones judiciales. En los más de los casos en que nuestra legislación procesal las menciona, encontramos la prohibición de enajenar nacida directamente de la ley misma, como consecuencia jurídica de una determinada situación procesal (rebeldía, artículo 764 Enj. civ.; quiebra, artículo 878 C. de com.) (3); el Juez no es más que un órgano que en tal supuesto declara obligadamente tal medida de modo necesario. Pero aun en aquellos casos en que la prohibición se deja al arbitrio del Juez (artículo 1.428 Enj. civ., implícitamente), la medida tiene igual naturaleza; solamente difiere en que en vez de originarse de una norma rígida, nace fundada en una norma elástica. La ley no fija de antemano las consecuencias de los hechos

(1) Windscheid, ob. cit., párrafo 172 a; Dernburg, ob. cit. II, párrafo 217. Fr. 12, D. *De usurpationibus*, 41, 3 (Paulus, libro 21 *Ad edictum*): «Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.»; fr. 7, párrafo 5, D. *Pro emptore*, 41, 4 (Jud., libro 44 *Digestorum*): «Qui sciens emit ab eo, quem praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capiet.»; fr. 8, D. *De pollicitationibus*, 50, 12, (Ulpianus, libro 3 *De officio consulis*): «De pollicitationibus in civitatem factis indicum cognitionem esse divi fratres Flavio Celso in haec verba rescriperunt: Probe faciet Statius Ruffinus, si opus proscaeni, quod se Gabinis estructurum promisit, quod tandem adgressus fuerat perficiat, nam etsi adversa fortuna usus in triennio a praefecto urbis relegatus esset, tamen gratiam muneric, quod sponte obtulit, minuere non debet, cum et absens per amicum perficere opus istud passit. quod si detrectat, actores constituti, qui legitime pro civitate agere possint, nomine publico adire adversus eum indices poterint: qui cum primum potuerint, priusquam in exilium proficiscatur, cognoscent et, si opus perfici ab eo debere constituerint, oboediens eum rei publicae ob hanc causam inbebunt, aut prohibebunt distrahiri fundum, quem in territorio Gabiniorum habet.»

(2) V. los autores citados por Windscheid, loc. cit., nota.

(3) En relación con el art. 105 Reglamento Hipotecario.

que prevé, sino que se limita a sentar los supuestos básicos de una situación jurídica, pero sin regular rígidamente sus consecuencias. Para evitar el posible anquilosamiento de la norma frente a situaciones no previstas, deja al arbitrio del órgano judicial la adopción de las medidas más convenientes. El Juez se limita a integrar la norma mediante una autorización nacida de la norma misma. Las prohibiciones judiciales de enajenar realizan, por tanto, dicha función integrativa de una norma de contenido elástico (1).

En la prohibición judicial de enajenar no deben considerarse comprendidos solamente los actos de transmisión. Por el contrario, debe darse al término *enajenación* su sentido tradicional desde los tiempos del Derecho romano (2), extendiéndola así, además, a todas las limitaciones reales de la relación, ya se refieran a derechos de garantía o de goce. Y no solamente hacen imposible la producción del efecto real, sino que, además, producen la nulidad del negocio a ello encaminado (3). Por ser nulidad de pleno derecho puede ser actuada hasta por el enajenante mismo, que, caso de transmisión, podrá ejercitar la acción reivindicatoria (4). La cuestión de si la usucapión debe considerarse o no comprendida en la prohibición de enajenar, tiene escaso interés en las judiciales por el carácter temporal, breve, que las imprime la especial finalidad de los

(1) O «arbitrario», según Dernburg.

(2) C. 7, Cod., *De rebus alienis*, 4, 51: «Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitudes minime imponi nec enphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas vel testatoris voluntas vel pactiorum tenor qui alienationem interdixit aliquid tale fieri permiserit.» V. también fr. 3, párrafo 5, D. *De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt*, 27, 9 (Ulpianus, libro 35 *Ad edictum*): Nec ussus fructus alienari potest, etsi solus fuit usus fructus pupilli. An ergo hic nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? et manifestum est restaurari debere, sed si proprietatem habeat pupillus, non potest usum fructum vel usum alienare, quamvis oratio nihil de usu fructu loquatur, simili modo dici potest nec servitudem imponi posse fundo pupilli vel adulescentis nec servitudem remitti: quod et in fundo dotali placuit.»

(3) Por aplicación del art. 4.º, p. 1.º C. c.: una aplicación concreta se consigna en el art. 878 C. de com.

(4) Salvo indemnización al adquirente de buena fe: art. 1.902 C. c.

procesos que las originan, afectando propiamente a las legales y voluntarias. De pasada diremos que, contra la opinión de Schröder y Dernburg, que estiman que sólo la voluntaria tolerancia de la usucapión debe estimarse como acto enajenativo, creemos—con referencia al Derecho español—que solamente hacen imposible la prescripción ordinaria, al faltar el título en el sentido de los artículos 1.952 y 1.953 del Código civil (1).

Por enajenación prohibida no puede entenderse, naturalmente, la realizada en virtud de un derecho anteriormente inscrito (2). En cuanto a la venta como consecuencia de la ejecución de un crédito preferente, entendemos que no es posible sin que los Tribunales hayan declarado expresamente sobre el mejor derecho de dicho acreedor.

Si la prohibición judicial no constase anotada, sólo podría surtir efectos registrales en el caso de obrar el adquirente con conocimiento de su existencia (3).

* * *

El número 5.^o del artículo 42 de la ley, al autorizar la anotación el caso de demanda solicitando alguna de las resoluciones expresadas en el número 4.^o del artículo 2.^o de la ley (4), insiste en el mismo error cometido ya en materia de inscripciones. Esta clase de resoluciones, ni por su naturaleza pertenecen a la órbita del Registro de la Propiedad, ni en sus efectos gozan de los beneficios del sistema. Su mecanismo es distinto e independiente, constituyendo la capacidad un supuesto imprescindible en los negocios

(1) V. Zochariae-Crome, I, p. 277; Vangerow, I, p. 317; Windscheid, I, p. 182, n. 5 y 172 a, nota 1, en el sentido del texto. Véase también la nota de Fadda y Bensa a este último en p. 851-852.

(2) Es mera consecuencia de la función positiva de la publicidad.

(3) Principio de la buena fe. En igual sentido J. González, ob. cit., locución cit. Sobre la buena fe en el campo general del derecho, v. el interesante estudio de Volansky: *Essai d'une définition expressive du droit, basée sur l'idée de bonne foi*. París, 1930.

(4) «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.»

reales, pero de conocimiento externo al Registro. Como escribe acertadamente don J. González, «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 del asiento.»

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

Después de esto, nada cabe añadir sobre esta anómala figura de anotación.

EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS,

Abogado.

(1) *Principios hipotecarios*, p. 347¹ a 349.