

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

8962 *Resolución de 16 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Callosa de Segura, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa sujeta a prohibición de disponer.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Botía Valverde, notario de Callosa de Segura, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Callosa de Segura, don Vicente Serna Martínez, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa sujeta a prohibición de disponer.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada el día 23 de enero de 2015 por el notario de Callosa de Segura, don Antonio Botía Valverde, se otorgó compraventa sobre fincas sujetas a prohibición de disponer.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Callosa de Segura, fue calificada negativamente con la siguiente nota: «Presentada telemáticamente la precedente escritura el día veintiséis de enero de 2015, bajo asiento 2297 del Diario 44, fue suspendida su calificación por falta de acreditación del pago del Impuesto y acreditado el pago del mismo el día diecinueve de febrero de dos mil quince, ha sido calificada conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y se deniega la inscripción de las misma ya que sobre las registrales 7.434 y 11.532 de Albaterra, existe una prohibición de disponer inscrita del siguiente tenor literal: «la donataria no podrá enajenar ni gravar las fincas donadas, sean gananciales o privativas de los donantes, sin el consentimiento expreso de los mismos o del último que sobreviva», no prestando el consentimiento uno de los titulares de la citada prohibición de disponer, doña A. S. N. Hechos: El precedente documento, consistente en una escritura de compraventa otorgada el día veintitrés de enero de dos mil quince, ante el notario de Callosa de Segura, don Antonio Botía Valverde, bajo el número 124/2015 de protocolo, presentada telemáticamente a las doce horas y cuarenta y siete minutos del día veintiséis de enero de dos mil quince bajo el asiento 2297 del Diario 44, en la que A. J. S., titular de las registrales 7.434 y 11.532 ambas del término municipal de Albaterra, las vende a don M. R. S. S. En la citada escritura presta su consentimiento a la transmisión don T. J. R., a cuyo favor existe una prohibición de disponer por las inscripciones 4.^a y 2.^a de las citadas fincas, respectivamente. Sin embargo no comparece ni presta su consentimiento en ninguna de las formas admitidas en derecho doña A. S. N. Fundamentos de Derecho: 1.–El artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y los asientos del Registro». 2.–Artículo 26 de la Ley Hipotecaria: «Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: 3.^a Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título

gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez». Se trata de una prohibición de disponer inscrita con el siguiente tenor literal: «los donatarios no podrá enajenar ni gravar las fincas donadas, sean gananciales o privativas de los donantes, sin el consentimiento expreso de los mismos o del último que sobreviva». Aquí falta el consentimiento de doña A. S. N. Artículo 1261 del Código Civil dispone: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes. 1.º Consentimiento de los contratantes.» Aquí falta el consentimiento de doña A. S. N., que tiene a su favor una prohibición de disponer sobre las fincas transmitidas. Artículo 199 del Código Civil: Nadie puede ser declarado incapaz, si no por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.» No bastante, lógicamente certificado médico al respecto, sino que el propio Código determina cuales son los mecanismos que operan en este caso, que es la incapacitación declarada por el Juez y no por voluntad de otros. Artículo 200 del Código Civil: «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Artículo 215 del Código Civil: «La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará en los casos que proceda mediante: 1.º La tutela. 2.º La curatela. 3.º El defensor judicial». Artículo 216 del Código Civil: «Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial» En el presente caso no se ha producido ni la declaración de incapacidad, ni el nombramiento de tutor. Artículo 6-3 del Código Civil: «Los actos contrarios a las normas imperativas y las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». 3—El Notario, manifiesta en la escritura literalmente que «téngase en cuenta que como señaló la Dirección General de los Registros y el Notariado en Resolución de 25 de junio de 2013, la prohibición de disponer supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de poder a favor del beneficiado por ella, que, sin embargo, no es un verdadero derecho real ni una estipulación a favor de tercero (Resolución de 20 de diciembre de 1929)». Sin embargo omite el Notario autorizante, no se si de manera intencionada o porque no se ha sometido a la lectura completa de la citada resolución, que a continuación de lo entrecomillado anteriormente señalado, añade cual es el criterio claro de la Dirección General al respecto de la existencia de una prohibición de disponer en su fundamento de derecho cuarto: «No impiden la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan sólo los actos voluntarios de transmisión "intervivos". Así, un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido "mortis causa".» Por tanto, en el supuesto examinado se trata de una transmisión intervivos en la que la Dirección General manifiesta la no posibilidad de transmisión intervivos, a pesar de que el notario diga lo contrario basándose en lo que no dice esa resolución. Pero no sólo eso, sino que a continuación habla de que «utilizando las categorías de posibilidad y efectividad no sólo hace falta que esté reconocida la misma válidamente (en este caso por haberse constituido en un acto a título gratuito, ex artículo 26 de la Ley Hipotecaria)... para terminar diciendo que «debe entenderse que se extingue con la falta de capacidad permanente como es en el presente caso». Efectivamente, la falta de capacidad permanente acreditada del titular de esa prohibición hace entrar en los mecanismos establecidos en el caso de incapacidad por el Código Civil arts. 199 y siguientes, declaración que corresponde por sentencia judicial en virtud de causa establecida por la ley y no por el notario autorizante. Al respecto hay que precisas que la citada resolución (fundamento de derecho cuarto) añade de manera terminante y clara contradiciendo al notario 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. Ciertamente 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. Por contra, 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. Es por esto que su acceso al Registro está regulado de diferente forma según se trate de unas u otras.» De otro lado este es el criterio establecido por diversas resoluciones del Centro Directivo, de entre ellas la de 18 de diciembre de 2013. 4.–El Tribunal supremo ha afirmado, en un caso de demencia senil que privaba al vendedor de la aptitud psíquica que como mínimum se exige en el comercio jurídico, que el «contrato es nulo, con nulidad radical o inexistente, por carencia de los requisitos esenciales exigidos por el artículo 1261 del código para el nacimiento del vínculo obligacional» (Sentencia de 21 de marzo de 1952; doctrina reiterada, entre otras por la Sentencia de 1 de febrero de 1986). 5.–No entro en las consideraciones de tipo personal que hace el notario autorizante, interpretando la voluntad de los disponentes en escritura de donación con prohibición de disponer autorizada ante otro notario, Mario Signes Pascual, el 11 de noviembre de 1995, cuando además, a día de hoy tampoco puede saber cual fue esa intención ya que uno de los disponentes, doña A. J. S. padece según certificado médico de 16/02/2015 enfermedad de Alzheimer. 6.–Asimismo la vulneración de una prohibición legal impuesta para realizar ciertos actos, por realizarse contra la ley, son nulos de pleno derecho (artículo 6.3 del código civil), siendo por tanto de naturaleza insubsanable el defecto señalado en esta nota. 7.–El artículo 24.1 de la Constitución, para evitar la indefensión, exige que el que figure como titular registral sea parte en el procedimiento enlazando así como el principio de tracto sucesivo y de salvaguarda judicial de los asientos, tal como ha señalado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por los referidos hechos y fundamentos de Derecho, se deniega la inscripción del documento, por los motivos arriba señalados, no tomando anotación de suspensión, puesto que no procede. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1º de la Ley Hipotecaria. Contra dicha calificación (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Vicente Serna Martínez registrador/a de Registro Propiedad de Callosa a día veinticuatro de febrero del año dos mil quince».

III

La anterior nota de calificación fue recurrida, el día 23 de marzo de 2015, mediante presentación de escrito en el Registro de la Propiedad de Callosa de Segura por el notario autorizante, don Antonio Botía Valverde, en base a la siguiente argumentación: «(...) Como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples resoluciones, la calificación registral debe expresar de manera concreta y determinada los preceptos o doctrina jurisprudencial o de este Centro Directivo en los que basa el funcionario calificador con determinación de las razones por las que son aplicables al supuesto concreto. En la nota de calificación recurrida se recogen hasta siete puntos que realmente tras una obligada lectura interpretativa de lo que ha querido expresar el señor registrador de la propiedad creemos que se reducen realmente a los siguientes –Falta de consentimiento de doña A. S. N. que en su día, como donante junto con su esposo, prohibió realizar cualquier acto dispositivo sin el consentimiento de ambos y ello en base a los artículos 26 de la Ley Hipotecaria y 1261 del Código Civil, y que produce la nulidad del acto dispositivo conforme al artículo 6,3.º de este último texto legal–. En el caso de incapacidad de dicha señora necesidad de incapacitación judicial de la misma y nombramiento del organismo tutelar correspondiente en base a los artículos 199, 200, 215 y 216 del Código Civil. Dicho de otra manera: lo que el señor calificador ha querido exponer en su nota de calificación, aunque tal vez de una manera no muy clara, es que vigente una prohibición de disponer con efectos reales por la cual no es que se cercenara la facultad de disponer de la donataria sino que supeditó la validez de la misma al consentimiento de ambos donantes, la incapacidad mental permanente de uno de los donantes (el otro consintió la disposición) no extingue dicha prohibición de disponer, que subsistiría, debiendo en tal caso, previa incapacitación judicial, proceder al nombramiento de tutor. No exige expresamente la nota de calificación pero parece deducirse que sería preciso además el consentimiento del tutor nombrado al respecto en tanto que viviendo

doña A. S. N. y estando ésta privada totalmente de capacidad debería suplirse su consentimiento por los mecanismos tutelares correspondientes (no sabemos si además el tutor debería contar con la correspondiente autorización judicial conforme al artículo 271 del Código Civil como parece lógico vista la fundamentación de la nota de calificación). Así parece deducirse de la nota, tras «haberme sometido a la lectura completa de la misma «(utilizando la terminología que usa el señor registrador) y especialmente resulta de la expresión de la nota “Sin embargo no comparece ni presta su consentimiento en ninguna de las formas admitidas en derecho doña A. S. N.”. En mi opinión la calificación registral no es ajustada a Derecho por las razones que paso a exponer a continuación. Un examen de la cuestión exige saber en primer lugar qué es una prohibición de disponer y entre todas las definiciones que los autores han dado especialmente acertada consideramos la de don J. G. que las definió como «las restricciones impuestas por mandato jurídico en orden al ejercicio de un derecho subjetivo, que limitan las facultades de su titular sin atribución de otro derecho subjetivo a personas determinada». Partiendo de dicha acertada definición, para poder determinar el régimen jurídico de las mismas por lo que respecta a su alcance, consecuencias en caso de incumplimiento y causas de extinción se hace imprescindible definir su naturaleza jurídica y de ella extraer las consecuencias correspondientes. Pero llegado este momento comprobamos que dentro de las mismas podemos encontrar dos supuestos diferentes que no conviene confundir. Así, a estos efectos, señaló acertadamente Gómez Gállego que deben diferenciarse dos puestos diferentes, constituyendo ambos restricciones del dominio, con efectos reales ex artículo 26 de la Ley Hipotecaria, pero con un régimen claramente diferenciado especialmente en el caso de contravención: a) Por una parte las llamadas «figuras restrictivas unilaterales» que constituyen una restricción de dicha facultad sin atribución de la misma a ninguna persona. b) Por otra parte las que exigen para disponer además la concurrencia de un tercero, aunque sin llegar a atribuir a éste plenamente su ejercicio, sino sólo una facultad de asentimiento El supuesto objeto de la escritura calificada es este último y a él vamos a referirnos a continuación, sin perjuicio de las referencias al encuadrado bajo la letra a) para ver su contraste con el presente. Pues bien es importante destacar, como hizo en su día la doctrina y ha ratificado la DGRN en Resolución de 25 de junio de 2013 que la persona cuyo consentimiento es preciso no tiene atribuido derecho real a su favor siendo sólo titular de un derecho potestativo (subcategoría incardinada a su vez en la más general de «situaciones jurídicas secundarios») que en este caso tiene una naturaleza restrictiva de los derechos subjetivos de otro (en este caso del «ius disponendi» del titular dominical) constituyendo un gravamen o limitación del dominio y como tal hay que contemplarlo. Así pues respecto de los dos elementos subjetivos a los que afecta directamente (el propietario o titular dominical y la persona cuyo consentimiento es preciso) vemos que el primero es y sigue siendo propietario aunque tiene limitado su dominio (con efectos reales ex artículo 26 de la Ley Hipotecaria) y el segundo (con efectos reales ex artículo 26 de la Ley Hipotecaria) y el segundo (el en su día donante) no tiene ningún derecho subjetivo sino un mero derecho potestativo que sólo puede ejercitar cuando el primer o quiere disponer, pudiendo optar por consentir o por no hacerlo. Obsérvese que en el caso de restricción absoluta de la facultad de disponer (ni aún con el consentimiento del donante o de tercero) el donatario propietario sufre directamente la misma limitación del dominio pero con carácter absoluto mientras no se cumpla la condición o plazo (muchas veces la propia vida del donante que actúa como término incierto) y por ello el acto dispositivo realizado con violación de la prohibición es claramente nulo, con nulidad radical conforme al artículo 6.3.º del Código Civil, siendo desde el punto de vista registral un defecto insubsanable. Sin embargo en los casos como el presente en los que el donante no prohibió disponer simplemente sino que permitió dichos actos siempre y cuando además concurriera el consentimiento de otra persona (en este caso el propio donante) nos encontramos antes una prohibición de naturaleza relativa que al exigir más que un consentimiento un asentimiento nos llevaría a calificar el negocio jurídico celebrado sin dicho consentimiento (asentimiento) como un negocio anulable (no nulo con nulidad radical), que puede quedar sanado mediante la ratificación o consentimiento del donante y que mientras no recaiga el

mismo da lugar, desde el punto de vista registral, a un defecto que se calificaría de subsanable. En todo caso para determinar el alcance de toda prohibición de dominio debemos partir del origen o fuente que en este caso es un negocio jurídico (la donación) que por su naturaleza gratuita atribuye a dicha restricción carácter real. Teniendo pues el origen la restricción del dominio en un negocio jurídico cuya base o fundamento es la voluntad de las partes, especialmente del donante, creador de obligaciones y restricciones para las partes (tiene fuerza de Ley como se deduce del artículo 1091 del Código Civil) y estar basada la donación como todo negocio jurídico en la voluntad de las partes habrá que determinar el alcance de la misma para poder saber cuál es la posición jurídica del propietario (donatario) configurada por las partes en dicho negocio, dentro del amplio margen que la Ley permite, o sea: habrá que interpretar dicha voluntad negocial. Aquí queremos hacer un punto de inflexión para rechazar rotundamente la afirmación del señor registrador de la propiedad en su nota de calificación negando la posibilidad de interpretar la donación de 11 de noviembre de 1995 por la cual adquirió la propiedad la aquí vendedora, ya que dicho señor considera que ni el notario ni el registrador de la propiedad pueden proceder a la misma, facultad que quedaría circunscrita al notario en su día autorizante el año 1995 y a los intervinientes en el negocio dicho día, uno de ellas doña A. S. N., hoy enferma de Alzheimer. Y ese rechazo debe ser rotundo porque es negar a los aplicadores del Derecho, y entre ellos Notario y Registradores de la Propiedad, una de las facultades fundamentales de su función como es la nada fácil tarea de tratar de desentrañar cuál es la regulación que las partes, en este caso fundamentalmente los en su día donantes, quisieron establecer en el negocio jurídico gratuito del que deriva la limitación del dominio objeto del recurso. No es que el notario, y el registrador de la propiedad, puedan interpretar dicho negocio, sino es que tienen el deber legal ineludible de realizar dicha labor interpretadora. La negación de dicha facultad haría superflua figuras como las de notarios y registradores que podrían perfectamente sustituidas por máquinas que aplicaran como autónomas el Derecho, lo que es desconocer una de las funciones fundamentales del jurista frente a la máquina o el leguleyo, que es la de realizar una interpretación tanto de las Normas Jurídicas como de los negocios jurídicos que, como hemos dicho, tienen fuerza de Ley entre las partes. Pues bien dicha interpretación nos lleva a los artículos 1281 y siguientes del Código Civil donde, como dice la doctrina y a la jurisprudencia de manera uniforme, se recoge un criterio principal y varios subsidiarios, siendo el primero el de la voluntad de las partes recogido en el negocio. Hay por tanto que saber cuál es dicha voluntad, especialmente de los donantes, dada la naturaleza gratuita del negocio. De la lectura de la cláusula de la escritura de donación de 1995 resulta claro que los en su día donantes no establecieron una prohibición absoluta de disponer, lo que podrían haber hecho cercenando de manera total la facultad de disponer de la donataria, pudiendo haber establecido lo que antes hemos definido como una no prohibición absoluta mientras no se cumpliera un evento condicionante o un plazo (cierto o incierto). Si así hubiera sido no podríamos reconocer sino el acierto de la nota de calificación. Sin embargo no es así. Lo cierto es que los donantes reconocieron a la donataria el «ius disponendi» en tanto que no le privaron del mismo (lo que podrían haber hecho) limitándose a exigir para su válido ejercicio la asentimiento de ambos donantes o del que ello sobreviviera. Pero, repito, en ningún caso fue voluntad de ambos que la donataria no pudiera disponer, sino que no pudiera hacerlo sin el consentimiento de los disponentes. Como se hizo constar en la escritura, el establecimiento de dicha limitación (prohibición de disponer) consistente en precisas el asentimiento de los padres, implica no sólo que esté establecida dicha limitación sino además que pueda ser ejercitada, ya que realmente los padres lo que tienen es un «derecho de veto» a los actos dispositivos de la hija, y por ello, como se justifica en la escritura calificada, no sólo hace falta que dicho derecho de oposición al acto establecido esté válidamente constituido sino además que pueda ser ejercitado (utilizando así las categorías de «posibilidad» y «efectividad»), extinguiéndose por ello en el caso de muerte del donante y además, afirmamos, en el caso de incapacidad mental permanente, como es desgraciadamente en el caso de incapacidad mental irreversible como la que sufre doña A. S. N. Aceptar lo contrario implicaría transformar la posición jurídica de la

propietaria de titular dominical con facultad de disposición pero precisando el asentimiento de los donantes en una propietaria con la facultad de disposición totalmente cercenada mientras viva la madre que sufre la incapacidad mental permanente. O sea, transformaríamos una prohibición de disponer relativa en una prohibición de disponer absoluta. Otra cosa es que se pueda mantener que el consentimiento de la madre enferma pudiera ser suplida por el tutor (con autorización judicial) como parece intuirse de la nota de calificación, pero eso, como veremos más adelante, no es posible como justificaremos. En este punto quisiera resaltar que toda prohibición de disponer como ha señalado Gómez Gállego exige una justa causa para ser establecida. Ciertamente nuestro Código Civil no lo establece de manera expresa a diferencia de la legislación histórica castellana y concretamente de las Partidas (5,5,44) que exigía expresas la causa de dicha limitación (la «razón guisada») con sanción de no validez de la limitación de no haberlo, pero del principio de causalidad de los negocios jurídicos (artículo 1275 CC) y de la necesidad de que las cláusulas de los mismos no sean contrarios a la Ley ni a la moral ni al orden público se deduce, como señala el autor anterior «que las prohibiciones de disponer han de responder a una causa y que esta causa ha de ser justa». Dicha causa hoy en día es claramente una finalidad genérica de garantía o cautelar (incluso en las prohibiciones que tienen su origen en actos administrativos o judiciales), finalidad de garantía que en cada caso concreto tiene una causa determinada y que en el caso de donaciones como la enjuiciada en el presente caso no es sino tutelar el interés de la donataria evitando actos dispositivos no acertados «mientras los donantes puedan aceptar o no los mismos», pero sin que en ningún caso dicha finalidad de cautela se manifieste en una prohibición de disponer absoluta (no poder disponer mientras vivan los donantes) sino en una prohibición relativa, reconociendo en la donataria la posibilidad de disponer con el consentimiento de los donantes. Pues bien, que en la escritura citada (y en la mayoría de las que se autorizan) no conste expresamente dicha causa de la limitación, lo que no implica que no exista o no sea necesaria sino simplemente que no se produce una expresión formal de la misma al amparo del artículo 1277 CC, pero existiendo en todos los casos, pudiendo deducirse claramente de la letra de las mismas. La interpretación que aquí propugnamos es la más conforme con la voluntad de los donantes y con esa «causa de garantía» necesaria en toda restricción de las facultades dispositivas y es además la más conforme con el principio «odiosa sunt restringenda» que obliga a interpretar de manera restrictiva toda limitación de dominio y que constituyen uno de los principios fundamentales de nuestro Derecho Patrimonial y de la regulación del derecho de Propiedad en nuestro Ordenamiento. Hechas las consideraciones anteriores procede examinar las dos causas que justifican la calificación negativa, tal y como al principio expusimos: por una parte la violación del artículo 1261 CC por falta de consentimiento de doña A. S. N. y por otra parte la necesidad de suplir la voluntad de dicha señora por los cauces legales en base a los artículos 199, 200, 215, y 216 CC. Las examinaremos por separado. 1).—Falta de consentimiento y por tanto no validez del contrato de venta conforme al artículo 1261 CC. Dicho defecto adolece de falta de precisión jurídica en tanto que el consentimiento de doña A. S. N. (la en su día donante) no es preciso para que sea válido el contrato de compraventa que formaliza en la escritura autorizada por mí como vendedora su hija y donataria doña A. J. S. sino para que el mismo produzca su efectos fundamental como es la transmisión del dominio a favor del comprador. Recordemos que en el sistema español de transmisión del dominio la vigencia de la teoría del título y el modo que consagra el artículo 609 CC implica un negocio válido (título) y además una entrega o traditio (modo) para que tenga lugar la transmisión dominical. Eso es verdad, pero «no es toda la verdad» ya que hace falta un tercer requisito: que el transmitente tenga «poder de disposición», que es un requisito distinto del título o negocio y no puede confundirse con el mismo, pudiendo pertenecer dicho poder de disposición a un tercero distinto del propietario (ver en el caso de que el donante se hubiese reservado la facultad de disponer conforme al art. 639 CC) o tener el propietario limitado dicho poder de disposición, como es el presente supuesto. En este último caso, incluso en el caso de que la prohibición de disponer fuera absoluta (no disponer en ningún caso) dicha falta de poder de disposición no afectaría al posible

negocio celebrado por el donatario (ver compraventa) siendo válido el consentimiento contractual prestado por el donatario en su día ahora vendedor. Se observará posiblemente con más claridad dicha distinción al examinar otras formas de adquisición del dominio diferentes como son la usucapación ordinaria o la que deriva del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: en ambos casos la protección del adquirente cuyo transmitente careció de poder de disposición se basa en la existencia de un «negocio válido», no afectando por ello la falta de poder de disposición al negocio («justo título» en el caso de prescripción ordinaria o adquirente a título oneroso de buena fe en el caso de la protección tabular). Por ello en el caso de la escritura objeto del presente recurso existe consentimiento contractual (el de la donataria hoy vendedora y el del comprador) siendo necesario además para que pueda producirse el traspaso dominical el consentimiento de los en su día donantes, pero sin que éste se integre en el negocio o título. Ciertamente la causa típica de toda compraventa es la transmisión del dominio a cambio de un precio y por eso en el caso de falta de poder de disposición, de desconocerlo el comprador, podemos hablar de un error que le afectaría a él (artículo 1266 CC) pero no de una «falta de consentimiento» como expresa el señor registrador pudiendo afirmarse en tal caso que se trataría de una transmisión nula ex artículo 6,3.º CC pero no de una nulidad basada en la ausencia de consentimiento contractual ex artículo 1261 CC. Es por ello que, incluso en el caso de que se admitiera que en el caso de la presente escritura no se hubiera extinguido la prohibición de disponer por la incapacidad mental permanente de doña A. S. N., nada impediría a las partes (vendedora y comprador) celebrar un contrato de compraventa perfecto, válido e irrevocable, vinculante para ambas partes en el que la única especialidad radicaría en la imposibilidad de transmitir el dominio mientras viviera la madre de la vendedora. Se trataría de un contrato válido e irrevocable, en el que una de las prestaciones de las partes (la transmisión del dominio al comprador) estaría sujeta a un término incierto (la muerte de dicha señora). Y eso justamente es que la vendedora y compradora han previsto en la escritura en la cláusula sexta al prever la posibilidad de que bien por vía gubernativa o bien por vía judicial se declarase la no extinción de la prohibición de disponer ante una calificación negativa como la aquí recurrida. Por ello considero que la nota de calificación es inexacta al apoyar la falta de consentimiento de la en su día donante y hoy enferma de Alzheimer, en el artículo 1261 CC, ya que hay un consentimiento contractual válido y perfecto, el existente por la voluntad conforme de vendedora y comprador, sin que en ningún caso se puede considerar que los en su día donantes deben prestar un consentimiento contractual conforme a dicho precepto. De considerar que es preciso además el consentimiento de la madre y en su día donante no lo sería por mor de este precepto, artículo 1261 CC, sino por ser necesario para la válida transmisión del dominio y por ello no es correcto que el señor registrador invoque el artículo 1261 CC debiendo haber justificado su negativa en «la imposibilidad de que haya modo de transmitir el dominio que exige el artículo 609 CC por existir una prohibición de disponer». Por ello, incluso en el caso de que se considerase vigente aún la prohibición de disponer (lo que negamos) la invocación de un defecto incorrecto como es la falta de consentimiento contractual ex artículo 1261 CC obligaría a rechazar la admisibilidad de ese primer defecto señalado por dicho funcionario calificador, al existir consentimiento contractual formado por la exclusiva voluntad de vendedora y comprador y no haber invocado el precepto correcto (la imposibilidad de la concurrencia de modo conforme al artículo 609 CC) 2).– Necesidad de suplir la voluntad de la donante incapaz por otros medios admitidos en Derecho conforme a los artículos 199, 200, 215 y 216 CC. Este segundo defecto invocado por el señor registrador de la propiedad parte de un presupuesto inexacto: la existencia de un derecho subjetivo a favor de la en su día donante doña A. S. N., cuya voluntad, previa incapacitación judicial, obligaría a que consintiera el tutor (supongo que también con autorización judicial ex artículo 271 CC). Como antes dijimos y ha quedado claro la en su día donante no tiene un derecho subjetivo sino que es titular de un derecho potestativo o de configuración jurídica que en este caso concreto presenta dos notas características fundamentales que no podemos obviar: la primera es que a diferencia de otros supuestos como la opción en la que ese derecho potestativo se puede transformar en un derecho

subjetivo que ingresaría en el patrimonio de su titular en este caso el ejercicio de ese derecho no tendría efecto alguno en el ámbito patrimonial de su titular sino en el de un tercero (la hija donataria); la segunda es que es un derecho potestativo de carácter negativo en tanto que su ejercicio implica reconocer la decisión previa del titular del derecho de propiedad (la hija y donataria) limitándose el derecho de doña A. S. N. a consentir o no la decisión dispositiva previa de aquélla. Dicho de otra manera: dicha facultad jurídica de la madre de la propietaria no tiene repercusión alguna en su patrimonio de aquella sino en el de la hija ahora vendedora. Si tenemos en cuenta que el artículo 215 (por cierto también citado por el calificador aunque posiblemente no se haya percatado de su alcance) habla del tutor y de los demás cargos tutelares como figuras dirigidas a «la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados» remachando el artículo 216 (también invocado por el señor registrador) como las funciones tutelares «se ejercerán en beneficio del tutelado» nos preguntamos inmediatamente si estaría legitimado el tutor para intervenir en el ámbito patrimonial de un tercero (la hija y donataria) sobre la que la incapaz no tiene sino un derecho potestativo de carácter negativo sin repercusión alguna ni patrimonial ni personal para ella misma. Eso sin tomar en consideración que difícilmente puede defenderse que quepa ejercer mediante cualquier tipo de figura representativa (ni voluntaria ni legal) la potestad jurídica enjuiciada en el presente recurso. Como mucho podría defenderse la figura del «nuntius» cuya naturaleza representativa es discutidísima, pero en ningún caso podría defenderse que el tutor (o el curador) pudiera ejercer dicho tipo de facultad por no estar incluida entre las que contemplan los artículos 215 y 216 CC al no tratarse de «bienes» de la incapaz. Acreditada así la imposibilidad de ejercicio de dicha facultad por el tutor nos encontramos que ante dicha situación sólo caben dos soluciones: la primera es entender que la prohibición de disponer se ha extinguido por la incapacidad mental permanente de la en su día donante; la segunda es entender que la prohibición de disponer que en su día nació como una mera necesidad de asentimiento de los donantes al acto dispositivo de la donataria propietaria a la que no se ha privado de la facultad dispositiva sino que se le ha condicionado (prohibición de disponer relativa) se ha transformado por el capricho del azar (la enfermedad de Alzheimer de la donante) en una prohibición de disponer total y absoluta privando mientras viva dicha progenitora a la propietaria de la facultad de disponer que mientras que la madre conservaba su capacidad tenía reconocida aunque con ciertos condicionantes. No cabe duda alguna que la segunda solución la consideramos no acertada y contraria a Derecho de producir una «alteración de la posición jurídica de la propietaria» al producirle la enfermedad mental de su madre una privación de derechos que antes tenía (antes podría disponer aunque fuera con el consentimiento de sus padres y ahora no puede mientras viva la madre). Aceptado por tanto que la incapacidad mental permanente de la donante (doña A. S. N.) ha extinguido la prohibición de disponer restaría determinar si para ello es preciso la sentencia judicial de incapacitación o basta acreditar la situación de incapacidad por cualquier otro medio admitido en Derecho. Ciertamente la Sentencia judicial de incapacitación es el único medio para incapacitar a una persona y así se deduce claramente del artículo 199 CC. Sólo con la citada sentencia queda incapacitada una persona, por muy notoria y palpable que fuera su incapacidad ninguna persona ni funcionario, incluido el notario, puede considerar incapacitado a un individuo, y sólo con la Sentencia judicial de incapacitación puede procederse al nombramiento de tutor o curador. Pero debemos distinguir la situación de incapacidad mental como presupuesto de la incapacitación de un individuo (que precisa de la obligatoria sentencia judicial) de la incapacidad de un individuo como «hecho jurídico» que puede tener transcendencia en el patrimonio de otro individuo, como es el caso que aquí nos ocupa. En este último supuesto obviamente que la sentencia prueba dicha situación, pero creemos que cabe cualquier otro medio de prueba y entre ellos la notoriedad acreditada ante Notario. Señalando el artículo 209 del Reglamento Notarial que «las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con transcendencia jurídica» dicho instrumento público puede ser utilizado

sin duda alguna en fijar como hecho notorio que la en su día donante se encuentra en situación de incapacidad mental permanente y además, desgraciadamente, no reversible, como situación de hecho de transcendencia patrimonial para su hija y en su día donataria (y ahora vendedora) al producir, en nuestra opinión, dicha situación de incapacidad mental permanente, la extinción de la prohibición de disponer. Aunque con la argumentación anterior queda finiquitada la fundamentación jurídica no quisiera concluir el presunto recurso gubernativo sin hacer constar que el Notario, como figura jurídica en contacto permanente con la realidad social no puede olvidar que todas las Normas Jurídicas deben ser interpretadas conforme a la realidad social del tipo en el que se vive, como señala el artículo 3 del Código Civil, y que la situación actual con un mercado inmobiliario ilíquido ante la existencia de mucha mayor oferta que demanda unido a las necesidades económicas de los ciudadanos motivado por la duradera crisis que padecemos y al hecho de que la voluntad de los en su día donantes hace veinticinco años fue evitar que la en su día joven donataria pudiera disponer sin la suficiente mesura no puede ser la misma el año 2015, veinte años más tarde, donde la donataria es una mujer plenamente adulta con responsabilidades familiares. Téngase en cuenta que además en la escritura por mi autorizada compareció el padre y en su día también donante don T. J. R. dando su consentimiento. Lo aquí recogido no es un argumento jurídico definitivo pero junto con el principio de libertad de tráfico que recoge nuestro Ordenamiento y la interpretación restrictiva de todas las limitaciones del dominio puede ayudar a un mejor enfoque jurídico de la cuestión».

IV

El registrador emitió su preceptivo informe el día 30 de marzo de 2015 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006; 3, 6, 3, 199, 200, 215, 216, 271, 348, 609, 619, 785 y 1261 del Código Civil; 26, 27, 30, 65, 98 y 107.3.º de la Ley Hipotecaria; las Leyes 481 y 482 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra; el artículo 428.6.4 del Código Civil de Cataluña; 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 enero de 1963, 19 de julio de 1973, 27 de enero de 1986, 9 de octubre de 2008, 3 de junio de 2011 y 25 de junio y 18 de diciembre de 2013.

1. La resolución del presente recurso se dirige a la inscripción de una escritura de compraventa cuyo objeto comprende ciertas fincas adquiridas por donación de padres a hija, sobre las que consta inscrita una prohibición de disponer, del siguiente tenor literal: «Los donatarios no podrán enajenar ni gravar las fincas donadas, sean gananciales o privativas de los donantes, sin el consentimiento expreso de los mismos o del último que de ellos sobrevivan».

En la venta comparece a fin de prestar su consentimiento el padre pero ni comparece ni consiente en ninguna de las formas admitidas en Derecho la madre de la donataria.

Según se manifiesta en la escritura e incorporando certificado médico la donante se encuentra aquejada de un severo proceso de degeneración neurológico que le impide por sí misma prestar el consentimiento debido.

2. 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 Resolución de 20 de diciembre de 1929 –la última, en la Resolución de 18 de diciembre de 2013, en la que era recurrente el mismo notario–.

Conforme a ésta 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; 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». Se recuerda por este Centro Directivo que 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.

Asimismo la doctrina de este Centro Directivo resalta 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. Asimismo se indica que por lo demás, 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 contra, 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 sentada y establecida, el caso concreto aborda una cuestión nueva.

Se refiere a la naturaleza del consentimiento que debe prestar el donante, una vez inscrita la prohibición en el Registro de la Propiedad y en consecuencia indispensable para la enajenación posterior de los bienes.

Alega el notario recurrente, que se trata realmente de un asentimiento al acto que no limita la disposición del bien, y que una interpretación conforme a la realidad social no ha de derivar en una sentencia de incapacitación de la donante enferma severa del mal de Alzheimer bastando su acreditación por el notario, basándose en el ya suficiente juicio de la donataria veinte años después de la donación.

Considera que otra cosa limitaría injustificadamente la posición de propietaria de la donataria y la libertad del tráfico jurídico convirtiendo en un veto la prohibición inscrita.

4. Siendo de libre configuración por el donante el pacto añadido a la disposición gratuita de bienes, no cabe duda de que éste puede modular la prohibición que tenga a viene establecer, disponiendo por ejemplo la forma de ejercicio –en el caso se ha hecho, pues es conjunta, con independencia del carácter ganancial o no de los bienes– 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).

Ha de observarse que el consentimiento de la donante no va dirigido a obtener un beneficio económico para sí, ni a la subrogación de un bien, ni 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, no necesariamente, por sí misma, personalísima.

Lo que se le ha impuesto a la donataria con la exigencia del consentimiento de los donantes, o del que sobreviva, es una limitación a la facultad de disponer, natural en el derecho de propiedad. Debe señalarse que además de constituir una restricción de la facultad de disponer supone 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 sobreviva. 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.

5. No corresponde ahora determinar –al no ser objeto directo del recurso– si el ejercicio de esta facultad, dada la discapacidad de la donante, exige la incapacitación de ésta por sentencia judicial; posterior designación de representante legal y además autorización judicial adicional, o si como parece más acorde con las actuales orientaciones en la defensa de los intereses patrimoniales de las Personas con Discapacidad (cfr. artículo 12.4 y 5 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de la que España es parte) debe buscarse en el ordenamiento jurídico –a falta de solución legal directa– soluciones que supongan la menor injerencia en la autonomía patrimonial de la discapaz, siempre, en Derecho común, bajo protección judicial.

6. Pero cualquiera que sea la solución por la que se opte, lo que no ofrece duda es que el notario no puede por sí mismo declarar extinguida la facultad reservada a favor de la hoy discapaz.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho.

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

Madrid, 16 de junio de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.