

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9312 *Resolución de 9 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad n.º 1 de Lugo, por la que se deniega la inscripción de un derecho real de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por don C. M. Á. contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad número 1 de Lugo, don Antonio Manuel Fernández Sarmiento, por la que se deniega la inscripción de un derecho real de hipoteca.

Hechos

I

En virtud de escritura autorizada por la Notario de Lugo doña Montserrat Trigo Mayor, el 21 de octubre de 2011, con el número 1095 de protocolo, don C. M. Á., con el consentimiento de su esposa, constituye hipoteca sobre las fincas de su propiedad registrales 109733, 109665 y 109667 del término municipal de Lugo a favor de don J. P. C. en garantía de las obligaciones asumidas del préstamo relacionado en la misma escritura. Sobre las tres fincas hipotecadas consta tomada en el Registro de la Propiedad anotación de prohibición de enajenación, acordada al amparo del artículo 73.2 de la Ley Hipotecaria por auto del Juzgado de Instrucción número 3 de Lugo de 20 de mayo de 2011 en diligencias previas, procedimiento abreviado 3761/2010, y practicada en virtud del correspondiente mandamiento del secretario judicial. La vigencia de estas anotaciones de prohibición de enajenación de las tres fincas es advertida a los otorgantes de la escritura de hipoteca por la notario autorizante, circunstancia por la que acreedor y deudor convienen en la cláusula quinta que «si llegado el vencimiento no fuera satisfecha la deuda, (lo que podría acreditarse por el oportuno requerimiento notarial inatendido), podrá ejecutarse esta hipoteca, que surtirá entonces todos sus efectos legales; si bien no podrá ejecutarse mientras no quede resuelta la anotación de prohibición de enajenación referida en el epígrafe cargas».

II

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Lugo, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Por la presente comunico que en relación con la primera copia de la escritura de constitución e hipoteca otorgada el 21 de octubre de 2011, número 1095 de su protocolo, presentada bajo el número 1027 del Diario 138 en fecha 9 de febrero de 2012, devuelta a su presentante en fecha 9 de febrero de 2012 y reingresada el 16 de febrero de 2012, ha sido calificado el documento en los términos que siguen. Denegada la inscripción de la hipoteca contenida en el título precedente por constar anotada sobre las fincas hipotecadas, registrales 109733, 109665 y 109667 una prohibición de enajenación ordenada por el Juzgado de Instrucción número 3 de Lugo en diligencias previas, procedimiento abreviado número 3761/2010, anotada con la letra A, y que consta en las notas de información continuada incorporadas al título, de lo que el notario autorizante hace advertencia expresa. La constitución de hipoteca es un acto de disposición de riguroso dominio y, a mayor abundamiento, puede suponer una enajenación en potencia. Fundamentos de Derecho, artículo 26 de la Ley Hipotecaria artículo 145 del Reglamento Hipotecario Contra esta calificación (...). Lugo, a diecisiete de Febrero de dos mil doce.. El Registrador. Antonio Manuel Fernández Sarmiento (firma ilegible y sello del Registro)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don C. M. Á., interpone recurso en virtud de escrito que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad número 1 de Lugo el 21 de marzo de 2012, en el que hace constar que la constitución de hipoteca no es un acto de enajenación, sino un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación, pero que en ningún caso supone una vulneración de una prohibición de enajenación. Así, la palabra «enajenar» debe entenderse como un acto jurídico en virtud del cual una persona transmite a otra el dominio de una cosa o de un derecho que le pertenece, y la «hipoteca» es un derecho real de garantía que sujeta determinados bienes al cumplimiento de una obligación. La palabra «enajenar» utilizada para formular la prohibición debe entenderse como acto jurídico para la transmisión del dominio, por lo que no ha de estimarse comprendida la constitución de hipoteca, toda vez que si tal derecho lleva consigo un «ius distrahendi», es únicamente para el supuesto de que no se cumpla la obligación asegurada, pero en ningún caso la constitución de hipoteca se trata de una enajenación. Y en el presente caso, en la escritura se recoge el compromiso de las partes de que no puede ejecutarse la hipoteca mientras no quede resuelta la anotación de prohibición de enajenación, por lo que no existe riesgo alguno de transmisión del dominio. Debe además distinguirse la «prohibición de disponer» de la «prohibición de enajenar». La facultad de disponer puede quedar limitada en algunos casos o ser una privación total y completa de la facultad dispositiva que corresponde al titular del derecho. A las reglas o preceptos que implican una semejante privación total les conviene en sentido estricto «prohibiciones de disponer». Puede tratarse de una prohibición parcial de la facultad dispositiva, cuando se excluyen de la disposición determinados actos jurídicos. Para impedir la constitución de hipoteca la prohibición tendría que haber sido «prohibición de establecer gravámenes» o bien prohibición total de «disponer», pero en ningún caso una prohibición de enajenar puede impedir la constitución de hipoteca, ya que no es un acto de enajenación.

IV

El registrador emitió informe el día 27 de marzo de 2012 ratificándose íntegramente en el contenido de su nota y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 33 de la Constitución Española; 348 del Código Civil; 26, 42, 71 y 73 de la Ley Hipotecaria; 145 del Reglamento Hipotecario; 614 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 18 de abril de 1952, 18 de enero de 1963, 22 de febrero de 1989, 5 de octubre de 2000, 23 de junio de 2003, 12 de diciembre de 2007, 26 de febrero de 2008, 8 de julio de 2010 y 3 de agosto de 2011.

1. En el presente expediente se pretende la inscripción de una escritura de hipoteca sobre tres fincas respecto de las que constan vigentes sendas anotaciones de prohibición de enajenación ordenadas en procedimiento judicial. En la propia escritura se advierte expresamente la existencia de tales prohibiciones de enajenación, y convienen acreedor y deudor que, en caso de que no sea satisfecha la deuda a su vencimiento, no podrá ejecutarse la hipoteca mientras no queden resueltas las anotaciones de prohibición referidas.

2. Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resolución de 8 de julio de 2010), con carácter general y como tesis de principio, la anotación de prohibición de disponer ordenada judicialmente constituye una medida cautelar que priva, durante el tiempo en que se mantenga en vigor, del poder de disposición al demandado respecto de los bienes objeto de la anotación, con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia o resolución que finalmente recaiga en el procedimiento principal, declarativo o

ejecutivo, en cuyo ámbito se dicta, y tiene, en consecuencia, la finalidad específica de impedir o suspender temporalmente el ejercicio del «ius disponendi» en su sentido más amplio. Además, también a modo de principio, estas medidas cautelares tienden a evitar el peligro de la mora por cuanto los litigantes, que durante el proceso conservan su capacidad de actuar y libre disposición de sus bienes, pueden eludir la virtualidad de la responsabilidad patrimonial universal, que es la garantía de cumplimiento de sus obligaciones, haciendo ilusorios los derechos reclamados por el actor. De este modo, las anotaciones preventivas de prohibición de disponer, siempre a modo de regla general, representan una garantía adicional a la acción de rescisión que el acreedor puede ejercitar contra el deudor por la realización de actos dispositivo sobre cosas litigiosas sin el conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente, y más en concreto, por las enajenaciones a título oneroso realizadas por el deudor contra el que se hubiese pronunciado sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes. En consecuencia, las prohibiciones de disponer anotadas en el Registro tutelan los intereses del acreedor con eficacia superior a la propia acción de rescisión ya que se desenvuelven en el ámbito de la protección preventiva al cerrar el Registro a los eventuales actos rescindibles, en tanto que la acción rescisoria actúa «ex post» y con una finalidad meramente reparadora o de restitución, finalidad que sólo se podrá alcanzar en caso de que se cumplan los requisitos del artículo 37 número 4 de la Ley Hipotecaria.

3. No obstante todo lo expuesto a modo de principio o regla general, el principio de libertad de tráfico, con amparo en el artículo 348 del Código Civil, y por tanto vigente en nuestro sistema jurídico, exige que las restricciones 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. A ello debe añadirse que la enumeración de las medidas cautelares contenida en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es exhaustiva de las posibles, pues éstas constituyen un supuesto de «*numerus apertus*», de modo que, junto con las medidas específicas enumeradas en los diez apartados de dicho precepto, pueden admitirse otras, innominadas, sujetas en su admisibilidad al cumplimiento de los requisitos del artículo 726. Así caben medidas cautelares más duras que la prohibición de disponer, como ocurre con la prohibición de inscribir, que impide el acceso a registro de cualquier acto que se presente con posterioridad, independientemente de el momento en que dicho acto –antes o después de decretada la medida– haya sido otorgado; y también pueden decretarse medidas más suaves que la prohibición de disponer, como la prohibición de realizar sólo determinados actos dispositivo, circunstancia que se produce con la prohibición de enajenación.

De esta forma, si lo que ha sido objeto de anotación preventiva, según lo ordenado en el mandamiento judicial expedido al efecto, es la prohibición de enajenación y no prohibición de disponer con carácter general, debe interpretarse que sólo queda vedado el acceso a Registro a los actos traslativos del dominio de las fincas afectadas por las mismas, pero no a aquellos actos que, aún siendo dispositivo, no impliquen enajenación, como la constitución de derechos reales a favor de terceros, y, por tanto, la hipoteca en garantía de préstamo objeto del presente expediente.

Cierto es, como apunta el registrador, que a través del impago del préstamo por parte del propietario de las fincas afectadas por la prohibición de enajenación podría forzarse la ejecución de la hipoteca y la consiguiente venta forzosa de los bienes, defraudando por esta vía la finalidad perseguida en el proceso y publicada legítimamente en el Registro. No obstante, esta eventualidad queda salvada suficientemente en el presente caso a través del pacto expresamente contenido entre acreedor y deudor, de imposibilidad de proceder a la ejecución de la garantía en tanto no se resuelvan las prohibiciones vigentes, pacto que debe ser interpretado a modo de «*conditio iuris*» de su eficacia.

4. Esta misma fórmula o solución fue admitida ya por esta Dirección General en Resolución de 18 de enero de 1963, en relación a prohibiciones testamentarias, como modo de salvaguardar los distintos intereses en juego y puede considerarse vigente en el presente expediente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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, 9 de junio de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.