

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR009303

RESOLUCIÓN de 8 de noviembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Albacete n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de donación de la facultad de disponer sobre determinadas fincas.

(BOE de 29 de noviembre de 2018)

SUMARIO:

Registro de la Propiedad. Donación, por las propietarias a su progenitor, de la facultad de disponer sobre dos fincas. Son características estructurales típicas de los derechos reales, con carácter general, su inmediatez, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. Han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real ha recibido sanción legal hace pocos años en la legislación catalana), ciertas situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales. Como criterio de interpretación de estos requisitos, el principio de *numerus apertus* en materia de derechos reales - artículo 7 del Reglamento Hipotecario- no autoriza para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma, que expulsa de los libros registrales a todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal. En este sentido, se puede afirmar que, si bien en la mayoría de las ocasiones el que un derecho sea real o personal depende de la voluntad del legislador (si impone una obligación pasiva universal ordenando a todos que respeten un derecho, lo modela como real, y si no la impone, lo reduce a personal), en relación con otros supuestos, precisamente a causa de su atipicidad, hay que entender que el legislador ha transferido esta facultad a las propias partes contratantes, que podrán constituir el correlativo derecho como personal o como real, siempre que se cumplan las exigencias estructurales propias de los derechos de esta naturaleza. El principio de especialidad o determinación, según el cual sólo deben acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, exige que no exista atisbo de duda sobre los elementos esenciales del derecho real inscrito, sin que el registrador pueda hacer deducciones o presunciones, ya que la oscuridad de los pronunciamientos registrales puede acarrear graves consecuencias para la seguridad del tráfico porque quien consultase los asientos del Registro no podría conocer por los datos de los mismos cuál es el alcance, contenido y extensión del derecho inscrito. Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Por la elasticidad del dominio y por su carácter abstracto, cabe en vía de principio que una de las facultades dominicales cual es la dispositiva sea objeto de disgregación de modo que sea objeto de una configuración propia de los derechos reales, si se cumplen los requisitos estructurales necesarios según lo expuesto. Prueba de ello es la existencia de figuras como la del usufructo con facultad de disponer o la de la donación con reserva de la facultad dispositiva. Precisamente, si en este último caso puede desmembrarse del dominio por vía de *deductio* (aunque, para algunos autores, también en el supuesto del artículo 639 del Código Civil lo que se reserva el donante es un derecho real independiente que nace de lo pactado en la donación), no debe existir obstáculo para que el mismo resultado se produzca por vía de *translatio*, como ocurre con otras facultades dominicales como es la de disfrutar y gozar de una cosa *erga omnes*. Por esta razón no puede ser confirmada la calificación impugnada en cuanto se limita a objetar que la facultad o poder de disponer no puede ser objeto de transmisión, pues en la escritura calificada es objeto de donación no una mera facultad sino un verdadero derecho subjetivo, de los denominados potestativos o de modificación jurídica, que atribuye al donatario un poder para disponer con plenos efectos de bienes ajenos -pertenecientes a las donantes-.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 334.10, 348, 467, 594, 609, 618, 639, 647 y ss.
Ley Hipotecaria de 1946, arts. 2, 11, 23, 26, 27, 29, 37, 38, 98 y 322 y ss.
Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 7 y 51.

En el recurso interpuesto por don R. J. A. M. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Albacete número 3, doña Josefa Adoración Madrid García, por la que se suspende la inscripción de una escritura de donación de la facultad de disponer sobre las determinadas fincas.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la notaria de Tarazona de la Mancha, doña Marta Garrido Navarro, el día 18 de octubre de 2017, con el número 794 de protocolo, doña M. y doña R. A. T. donaron a su padre, don R. J. A. M., la facultad de disponer sobre las fincas registrales números 25.829 y 26.117 del término de Albacete, expresándose además en dicha escritura lo siguiente:

«Segundo.–Los comparecientes amparan el presente otorgamiento, en base al principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1.255 del Código Civil; configurando la presente transmisión como un supuesto de constitución de un derecho real atípico, con sus características inherentes tales como la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión; en virtud de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario; y en cumplimiento de las exigencias del principio registral de determinación; disponen que la facultad de disponer objeto de donación en este instrumento habrá de regirse por las siguientes reglas:

- En primer lugar habrá de ser considerado como un derecho de carácter renunciable por don R. J. A. M.
- Dicho derecho tendrá la consideración de inalienable ni por acto inter vivos ni mortis causa de su titular; de manera que al fallecer su titular infrascrito, quedará extinguido consolidándose en favor de la titularidad que ostentan sus hijas doña M. y doña R. A. T., que desde este acto han quedado despojadas de la facultad de disponer en cuestión.
- Asimismo dicho derecho queda configurado como inembargable y de carácter personalísimo.
- Por lo tanto y en virtud de lo estipulado anteriormente, las titulares del dominio doña M. y doña R. A. T., para poder efectuar cualquier acto de carácter dispositivo sobre las fincas objeto de la presente, habrán de contar con el consentimiento expreso de su padre como titular este último de la facultad de disponer; y por ende el mencionado titular de la reseñada facultad también habrá de contar con las primeras para la realización de cualquier acto de la misma naturaleza.»

II

Presentada el día 14 de junio de 2018 dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Albacete número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Entrada n.º 1050 del año 2018.
Asiento n.º 580 Diario 49.
Presentada el 14/06/2018 a las 10:25.
Presentante: L. E., C.
Protocolo/Procedimiento n.º 794/2017 de 18/10/2017.
Notario/Juzgado: Marta Garrido Navarro.

El Registrador que suscribe previo examen y calificación del precedente documento, en uso de las facultades atribuidas por la legislación vigente y en conformidad a lo establecido en los artículos 18, 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria y sus concordantes legales y reglamentarias, emite la siguiente nota de calificación por la que se suspende la práctica del asiento solicitado con base en los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

1.º En el documento calificado, cuyos datos de presentación constan en la cabecera de esta nota, se solicita la inscripción de la donación de la facultad de disponer de la fincas 26117 y 25829 del término de Albacete, Sección 1.^a

2.º La donación no comprende ningún derecho subjetivo, esto es, ni la nuda propiedad ni el usufructo, sino solo una facultad jurídica que por sí misma no puede ser objeto de transmisión.

En base a los hechos y fundamentos de derecho expresados, se suspende la práctica del asiento solicitado por no poder ser objeto de donación la simple facultad de disposición.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1.º L.H.

Contra dicha calificación (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Josefa Adoración Madrid García registrador/a de Registro Propiedad de Albacete 3 a día veintinueve de Junio del año dos mil dieciocho.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don R. J. A. M. interpuso recurso el día 8 de agosto de 2018 mediante escrito en el que expresaba las siguientes alegaciones:

«Primera.—Se presenta para su inscripción, una escritura de donación de la facultad de disponer. Esta donación la realizan como donantes doña M. y doña R. A. T., a favor de su padre Don R. A. M., según el protocolo 794 de 18-10-2017, otorgado ante la notaria doña Marta Garrido Navarro.

Segunda.—En dicha escritura de donación, las donantes, renuncian de forma expresa e inequívoca a una facultad, propia y exclusiva de la potestad dominical, como es la facultad de disponer.

Y la renuncia se realiza en forma de donación de tal facultad a favor del donatario.

Tercera.—Ahora bien, presentada la citada escritura de donación en el registro de la propiedad, la señora Registradora suspende la inscripción, por no poder ser objeto de donación la simple facultad de disposición. Entiende esta parte que, aunque se califique de «facultad», la facultad de disposición donada, esta no deja de ser un derecho, se denomine como se denomine. En definitiva, lo que se dona el derecho de disposición se llame facultad o potestad o derecho o cualquier otra palabra de las muchas que la rica lengua española atesora.

Cuarta.—Entiende esta parte que es improcedente la suspensión de la inscripción por cuanto que se han cumplido todos los requisitos necesarios para admitir tal donación.

Es más, a esta parte le consta que, si se hubiera producido la donación de las fincas concretas, y los donantes se hubieran reservado la facultad de disposición, ciertamente se hubiera inscrito esa facultad reservada en el registro de la propiedad. No entendemos, por tanto, como no se puede admitir la inscripción de una donación de tal facultad.

Quinta.—Argumenta la registradora que no puede ser objeto de donación la simple facultad de disposición.

A dicho argumento ha de oponerse frontalmente y desde el primer momento, esta parte. Este argumento carece de fundamentación jurídica alguna.

Cualquier cosa o derecho puede ser objeto de donación siempre que esté dentro del comercio de los hombres y no vaya contra la ley, la moral o el orden público.

Entendemos que este simple argumento contemplado tanto en el código de comercio como en el código civil es suficiente para deshacer la argumentación de contrario esgrimida por la Sra. Registradora.

En efecto, se realiza la donación de una facultad. No de una simple facultad, sino que, a mayor abundamiento, es la facultad de disposición es decir aquella que configura esencialmente lo que es el derecho de propiedad.

Si algo caracteriza al derecho de propiedad, no es tan solo el derecho de usar la cosa o utilizar la facultad, sino el poder disponer de ella.

¿Qué disposición o facultad puede ser superior a esto, de poder disponer del bien o derecho?

Pues bien, dudar de que la renuncia a efectuar tal facultad mediante la donación o transmisión por cualquier título de esta tenga vetado el acceso a la publicidad registral, suponen quebrar los principios básicos del derecho inmobiliario registral.

Pues no olvidemos que estamos tratando la donación de la facultad de disponer, sobre un bien inmueble.

A mayor abundamiento, y utilizando la interpretación analógica, esta renuncia a la facultad de disponer mediante su enajenación por donación, viene a ser como la anotación de reserva de dominio en el caso de bienes muebles. A título meramente ejemplificativo, ¿qué sería de todos los contratos de compraventa de vehículos, si no se admitiera esa reserva del dominio?

Sexta.—No podremos encontrar, en ningún artículo de código civil o mercantil, reguladores de la donación, limitación alguna a la transmisión de la facultad de disponer, sobre bienes inmuebles.

Por tanto, si no existe limitación en cuanto a la formalización de contratos con dicho objeto, no podemos poner limitaciones en cuanto al acceso registral de los mismos.

Y tal limitación sí que es importante que figure en los libros del registro de la propiedad, puesto que supone ciertas y grandes limitaciones al absoluto derecho de propiedad de las donantes.

Séptima.—Y a todo esto, ¿Qué nos dice la Ley Hipotecaria? ¿Podría admitirse la inscripción de la donación de la facultad de disponer? ¿Podría admitirse la inscripción de la donación de un inmueble, reservándose los donantes la facultad de disposición?

Sin avanzar mucho en el articulado de la ley, el artículo 2 nos dice:

"Artículo 2. En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

Primero. Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Segundo. Los títulos en que se constituyan reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales".

Es decir, la Ley Hipotecaria, permitiría el acceso al registro de cualesquiera títulos que reconozcan derechos reales.

Así, en el título constitutivo de la donación de la facultad de disponer, ya se hizo constar que se configura como un derecho real atípico, en virtud del principio de autonomía de la voluntad del art 1255 del CC., otorgando al mismo tiempo las reglas por las que debía regirse dicha facultad de disposición y por tanto confirmando como un derecho real más, tal facultad.

Por lo expuesto,

Y al Registro de la Propiedad número 3 de Albacete, solicito que tenga por presentado este escrito a los oportunos efectos y por solicitado su envío a la Dirección General de Registros y del Notariado, conforme a lo fijado en los artículos 322 a 329 de la Ley Hipotecaria.

Y a la Dirección General de Registros y del Notariado suplica que una vez recibido el presente recurso con testimonio del documento del que trae causa el presente, se admita y de conformidad se revoque la suspensión acordada por la Sra. Registradora, y se resuelva ordenando la inscripción del mismo, por ser de justicia que pido en Albacete, a 8 de agosto de 2018.

Otrosí primero digo, Que en aplicación del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, esta parte, solicita que con carácter previo a la Admisión del Recurso Gubernativo y con suspensión del plazo admisión de éste, se produzca la calificación del Sr. Registrador Sustituto, en aplicación del cuadro de sustituciones.»

IV

Solicitada la calificación sustitutoria en el «otrosí primero digo» del recurso, la misma fue emitida por el registrador de la Propiedad interino de Alcaraz, don Néstor Ventura Dembilio, el día 29 de agosto de 2018, confirmando la calificación.

V

Presentado el recurso y emitida la calificación sustitutoria, el registrador de la Propiedad interino de Albacete número 3, don Julián Cuenca Ballesteros, dio traslado del mismo a la notaría autorizante, sin que ésta formulara alegaciones y, por mantener la calificación, remitió el expediente al Centro Directivo para su resolución con su informe de fecha 12 de septiembre de 2018.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 334.10, 348, 467, 594, 639, 647, 609 y 618 y siguientes del Código Civil; 2, 11, 23, 26, 27, 29, 37, 38, 98 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 7 y 51 del Reglamento Hipotecario; la Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1993, 3 de marzo de 1995, 16 de diciembre de 2004, 29 de abril de 2005, 22 de abril de 2008 y 27 de mayo de 2009, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1966, 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993, 6 de marzo de 2001, 9 y 11 de julio de 2005, 4 de mayo de 2009, 14 de junio de 2010, 19 de diciembre de 2013, 10 de abril de 2014, 25 de febrero de 2015, 18 de febrero de 2016, 17 de abril de 2017 y 24 de enero de 2018.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura mediante la cual las propietarias de dos fincas donan a su padre la facultad de disponer sobre éstas. En ella manifiestan los otorgantes que configuran esta transmisión como un supuesto de constitución de un derecho real atípico, «con sus características inherentes tales como la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión»; y estipulan que la facultad de disponer objeto de donación habrá de regirse por determinadas reglas: a) es considerado como un derecho de carácter renunciable por el donatario; b) tal derecho tendrá la consideración de inalienable, por acto inter vivos o mortis causa de su titular, de manera que al fallecer éste quedará extinguido consolidándose en favor de la titularidad que ostentan las donantes; c) el derecho donado queda configurado como inembargable y de carácter personalísimo, y d) las titulares del dominio, para poder efectuar cualquier acto de carácter dispositivo sobre las referidas fincas, habrán de contar con el consentimiento expreso de su padre como titular de la facultad de disponer; y por ende este titular de la reseñada facultad también habrá de contar con las primeras para la realización de cualquier acto de la misma naturaleza.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, la donación objeto de la escritura calificada no comprende ningún derecho subjetivo, sino solo una facultad jurídica -la simple facultad de disposición- que por sí misma no puede ser objeto de transmisión.

2. Debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de «numerus apertus» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras).

Son características estructurales típicas de los derechos reales, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. Del análisis del elevado número de Resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión, puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real ha recibido sanción legal hace pocos años en la legislación catalana), ciertas situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales.

Como criterio de interpretación de estos requisitos ha afirmado igualmente este Centro Directivo que el citado principio de «numerus apertus» en materia de derechos reales que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza, como ya indicó la Resolución de 20 de septiembre de 1966, para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma ley que expulsa de los libros registrales a todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal.

En este sentido, se puede afirmar que, si bien en la mayoría de las ocasiones el que un derecho sea real o personal depende de la voluntad del legislador (si impone una obligación pasiva universal ordenando a todos que respeten un derecho, lo modela como real, y si no la impone, lo reduce a personal), en relación con otros supuestos, precisamente a causa de su atipicidad, hay que entender que el legislador ha transferido esta facultad a las propias partes contratantes, que podrán constituir el correlativo derecho como personal o como real, siempre que se cumplan las exigencias estructurales propias de los derechos de esta naturaleza, según antes se ha indicado (v.gr. en relación con el derecho de opción de compra ex artículo 14 del Reglamento Hipotecario).

Respecto de los derechos de adquisición preferente, ya en la Resolución de 20 de septiembre de 1966 este Centro Directivo admitió la posibilidad de que los derechos de tanteo y retracto voluntarios sean configurados por las partes contratantes en el título de su constitución como un verdadero y propio derecho real. Se discutía con ocasión de la citada Resolución la posibilidad de inscribir en el Registro ciertos pactos en los que las partes establecían sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente para el caso de transmisión de parcelas. Esta Dirección General, tras recordar que no dejan de ser frecuentes en la práctica del tráfico jurídico-inmobiliario la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional, en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y unas últimas, en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más o menos amplio (como ya previene el artículo 467 del Código Civil respecto del usufructo o el 594 en relación con la servidumbre), añade que ello obliga a «extremar el cuidado al realizar la calificación, máxime si se tiene en cuenta que, aun con la orientación de «*numerus apertus*», tradicionalmente seguida por este Centro (...) no es dable ampliar el campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos tan fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria».

Más recientemente ha vuelto este Centro Directivo a expresar la necesidad de que la constitución de un derecho de tanteo o retracto voluntario que pretenda tener carácter real se configure como tal en el título de su constitución de forma que no quepa duda al respecto. Y así en la Resolución de 6 de marzo de 2001, en un supuesto en el que se solicitaba la inscripción de un título en el que se pactaba un derecho de adquisición preferente similar al tanteo, pero en el que no se decía que tuviera carácter real, ni se establecía que sería inscribible, ni se expresaban las consecuencias del acto para el caso de que se realizara la venta contraviniendo la notificación pactada, afirma dicha Resolución que «para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (cfr. arts. 609, 1.462.2 y 1.464 y 633 en relación con el 334.10, todos ellos del Código Civil). Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el derecho así configurado carecerá de eficacia «*erga omnes*», que es una característica esencial del derecho real». Queda con ello completado el conjunto de características y requisitos que se exigen para la configuración como real de estos derechos atípicos de preferente adquisición, incluyendo su configuración expresa como tales o estableciendo estipulaciones que indirectamente, pero de forma clara, permitan colegir la naturaleza real del derecho constituido por prever expresamente los efectos propios de tales derechos para el caso de su contravención.

Esta misma línea de apertura en favor de la posible configuración de los derechos de tanteo y retracto voluntarios como auténticos derechos reales se observa en la jurisprudencia. Y así junto con determinados casos en que ha calificado el correlativo derecho como un derecho de carácter personal u meramente obligacional, que por tanto sólo se podía ejercitar «*inter partes*» y no frente a terceros, para quienes era «*res inter alios*», y en consecuencia no tienen el deber jurídico de soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del contrato que dio vida a los citados derechos (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 y 16 de diciembre de 2004), por el contrario admite en otros casos el carácter y eficacia real del derecho, como ocurrió en los supuestos de las Sentencias del Alto Tribunal de 29 de abril de 2005 y 22 de abril de 2008. En esta última se condensa la doctrina jurisprudencial en la materia con una nítida admisión del carácter real de ciertos derechos de retracto voluntarios, derechos que son los «*procedente[s]* de la voluntad de las partes y se constituye como derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Es, por tanto, un derecho de adquisición preferente, con identidad de ejercicio con el retracto legal y distinto al retracto convencional que es fruto del pacto de retro. Ha sido estudiado por la doctrina, aplicado en la práctica y reconocido jurisprudencialmente en sentencia de 29 de abril de 2005, como dice, literalmente, derecho tiene

carácter real y es oponible erga omnes dado lo dispuesto en los artículos 2, números 1.º y 2.º y 37.3.º de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento de la Ley Hipotecaria en cuanto permiten su inscripción registral».

Debe tenerse en cuenta que, como afirmó esta Dirección General en la Resolución de 14 de junio de 2010, en un sistema registral de inscripción, como es el nuestro, en que los asientos registrales no son transcripción del acto o contrato que provoca la modificación jurídico real que accede al Registro, sino un extracto de los mismos («expresión circunstanciada», dispone el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario, que refleje la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba), es evidente que la claridad en la redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (artículo 38 de la Ley Hipotecaria). Como ha expresado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros. Más recientemente, este Centro Directivo en la Resolución de 25 de febrero de 2015, considera que «(...) el principio de especialidad o determinación (...), según el cual sólo deben acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, exige que no exista atisbo de duda sobre los elementos esenciales del derecho real inscrito(...), sin que el registrador pueda hacer deducciones o presunciones, ya que la oscuridad de los pronunciamientos registrales puede acarrear graves consecuencias para la seguridad del tráfico porque quien consultase los asientos del Registro no podría conocer por los datos de los mismos cuál es el alcance, contenido y extensión del derecho inscrito».

Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. El poder de configuración de nuevos derechos reales basado en la autonomía de la voluntad para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene en este sentido dos límites, uno negativo y otro positivo. En razón del primero, como señaló la citada Resolución de 14 de junio de 2010 recogiendo abundante doctrina anterior, se impone como fundamental límite «el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado». O como afirma la Resolución de 4 de marzo de 1993, y ha reiterado recientemente la de 19 de diciembre de 2013, en este ámbito la autonomía de la voluntad «tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.».

Y en virtud del límite positivo, se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para lograr el amparo registral (cfr. artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento) en los derechos reales atípicos, por definición, no puede integrarse por la aplicación supletoria de las previsiones legales –cfr. Resolución de 10 de abril de 2014–.

3. Hechas las anteriores aclaraciones sobre la posibilidad de crear nuevos derechos reales o modalizar los ya existentes, debe ponerse ahora de relieve que, por la elasticidad del dominio y por su carácter abstracto, cabe en vía de principio que una de las facultades dominicales cual es la dispositiva sea objeto de disgregación de modo que sea objeto de una configuración propia de los derechos reales, si se cumplen los requisitos estructurales necesarios según lo expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos. Prueba de ello es la existencia de figuras como la del usufructo con facultad de disponer o la de la donación con reserva de la facultad dispositiva. Precisamente, si en este último caso puede desmembrarse del dominio por vía de «deductio» (aunque, para algunos autores, también en el supuesto del artículo 639 del Código Civil lo que se reserva el donante es un derecho real independiente que nace de lo pactado en la donación), no debe existir obstáculo para que el mismo resultado se produzca por vía de «translatio», como ocurre con otras facultades dominicales como es la de disfrutar y gozar de una cosa «erga omnes».

Por esta razón no puede ser confirmada la calificación impugnada en cuanto se limita a objetar que la facultad o poder de disponer no puede ser objeto de transmisión.

En la escritura calificada es objeto de donación no una mera facultad sino un verdadero derecho subjetivo, de los denominados potestativos o de modificación jurídica, que atribuye al donatario un poder para disponer con plenos efectos de bienes ajenos –pertenecientes a las donantes–.



Además, de lo pactado en dicha escritura resulta que tal como ha sido configurado el derecho de disponer donado en este caso respeta esos límites estructurales de todo derecho real, algo por lo demás sobre lo que nada se expresa en la calificación impugnada.

Concretamente, la inmediatez, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión propias de los derechos reales quedan asegurada, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria y en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en tanto en cuanto cualquiera que sea el propietario poseedor de las fincas referidas podrá el donatario del «ius disponendi» ejercitarlo. El hecho de que se configure como un derecho inalienable y personalísimo no impide su consideración como verdadero derecho real (como acontece en el caso de otros derechos como los de uso y habitación, o ciertas servidumbres personales). Además, al extinguirse tal derecho y consolidarse en el de las donantes por el fallecimiento del donatario, la desmembración del dominio no es perpetua.

Por otra parte, no puede negarse que la presente configuración de la facultad de disponer como derecho «in re aliena» tenga justificación (la «razón guisada» a la que se referían las Partidas respecto de las prohibiciones de disponer). Y el hecho de que pueda coincidir en parte con los efectos propios de las prohibiciones de disponer no impide que, con base en la autonomía de la voluntad, sus propietarias puedan decidir alcanzar esos objetivos parcialmente coincidentes no mediante una limitación sin desintegración del dominio -como acontece con las prohibiciones de disponer- sino mediante esta modificación del dominio con disociación del mismo en cuanto al «ius disponendi».

Por último, el hecho de que para realizar el acto dispositivo deba contar el titular de la facultad de disponer con el consentimiento de las propietarias no es incompatible con el carácter real del derecho, pues las constituyentes no quedarían como únicas afectadas y favorecidas con el gravamen («nemini re sua servit iure servitutis»). Si puede donarse el «ius disponendi» de modo que el donatario tenga disponibilidad plena del bien a que se refiere, ningún obstáculo existe para que el derecho donado se configure como poder de disposición limitado, por ejemplo para el caso de que concurra alguna circunstancia concreta o por la necesidad de que también concurra el consentimiento de otra persona -de las donantes, en este caso-.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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