

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

- 181** *Resolución de 12 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Orihuela nº 4, por la que se deniega la inscripción de una donación no colacionable con prohibición de disponer.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Botía Valverde, notario de Callosa de Segura, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Orihuela número 4, don Martín José Brotons Rodríguez, por la que se deniega la inscripción de una donación no colacionable con prohibición de disponer.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Callosa de Segura, don Antonio Botía Valverde, el día 24 de junio de 2016, bajo el número 1.321 de protocolo, se formalizó donación por don M. A. M. S. a favor de sus hijos, don M. y don P. M. A., de 17 y 14 años de edad respectivamente, quienes comparecen aceptando la donación. En el otorgamiento segundo se establece lo siguiente: «Prohibición de disponer: El donante prohíbe que cualquiera de los donatarios pueda disponer, gravar, enajenar, transmitir o ceder el uso por cualquier título de todo o parte de la línea donada por acto «intervivos», sea a título oneroso, gratuito u otro, sin el consentimiento del donante o en el caso de fallecimiento o incapacidad mental permanente del mismo de la madre de los donatarios doña M. L. A. C. La presente prohibición se extinguirá en el momento del fallecimiento o incapacidad mental permanente del donante y de la madre de los donatarios doña M. L. A. C.». En el otorgamiento tercero, párrafo primero, primer inciso, se dice: «Los donatarios agradecen y aceptan la donación...», señalando en su párrafo segundo que «el donante ordena que la donación aquí recogida sea imputable, por este orden, a los tercios de mejora, libre disposición y legítima, ordenando que no sea colacionable». De la comparecencia resulta que los donatarios, don M. y don P. M. A., nacieron los días 1 de noviembre de 1998 y 16 de julio de 2001, es decir, tienen respectivamente 17 y 14 años a la fecha del otorgamiento de la escritura, diciendo de ellos el notario que «los considero con capacidad suficiente para el otorgamiento de la presente escritura».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Orihuela número 4, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Escritura de donación, otorgada ante el Notario de Callosa de Segura, don Antonio Botía Valverde, el día veinticuatro de junio de dos mil dieciséis, bajo el número mil trescientos veintiuno de su protocolo general corriente. I.– Hecho. Presentado telemáticamente el día veinticuatro de junio de dos mil dieciséis, bajo el asiento número 117 del Libro Diario 75; habiéndose aportado copia en soporte papel, el día veintisiete de junio de dos mil dieciséis. En el otorgamiento 3º párrafo 2º se dice «El donante ordena que la donación aquí recogida sea imputable, por este orden, a los tercios de mejora, libre disposición y legítima, ordenado que no sea coleccionable» El otorgamiento segundo, dice «prohibición de disponer: El donante prohíbe que cualquiera de los donatarios pueda disponer, gravar, enajenar, transmitir o ceder el uso por cualquier título de todo o parte de la finca donada por acto “intervivos”, sea a título oneroso, gratuito u otro, sin el consentimiento del donante o en el caso de fallecimiento o incapacidad mental

permanente del mismo de la madre de los donatarios doña M. L. A. C. La presente prohibición se extinguirá en el momento del fallecimiento o incapacidad mental permanente del donante y de la madre de los donatarios doña M. L. A. C.» En el otorgamiento 3º párrafo 1º primer inciso se dice «Los donatarios agradecen y aceptan la donación» y de la comparecencia resulta que los donatarios don M. y don P. M. A. nacieron respectivamente el uno de noviembre de mil novecientos noventa y ocho y dieciséis de julio de dos mil uno, es decir tienen respectivamente diecisiete y quince años diciendo de ellos el Notario únicamente «los considero con capacidad suficiente para el otorgamiento de la presente escritura» II.—Fundamentos de Derecho. Al primer hecho es aplicable el art. 18 párrafo 1º de la Ley Hipotecaria «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.» Al segundo hecho le son aplicables los artículos 813, 816 y 817 del Código Civil. Artículo 813. «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados» artículo 816. «Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél: pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción» artículo 817. «Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos Forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas.» Al tercer hecho es aplicable el artículo 625 y 626 del Código Civil: Artículo 625. «Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello.» Artículo 626. «Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes» Y las resoluciones de la Dirección General de 3 de marzo de 1989, que dice, en los Fundamentos de derecho: «4.—Todo ello, unido al propio tenor literal del artículo 625 del Código Civil y a la interpretación a contrario del 626 del Código Civil, permite entender el precepto en el sentido de proclamar como regla general, la aptitud de toda persona que tenga capacidad natural de entender y querer, para aceptar donaciones salvo específica declaración legal en contra, como por ejemplo la recogida en el artículo 626 del Código Civil, y es indudable que en el mayor, de 16 años, se presupone legalmente aquel grado de discernimiento (vid. artículos 92.2º, 164.1º, 231, 273 in fine, 317, 319, 320, etc. del Código Civil), salvo enfermedad física o psíquica que ni presume ni puede operar automáticamente (artículo 199 del Código Civil)». y de 20 de enero de 1989 que dice en los Fundamentos de derecho: «4.—El Código Civil proclama a la vez aptitud de uno de los progenitores para ostentar y ejercer la patria potestad en su plenitud (artículos 156.1º y 5º, 163, 169.1º y 171.2.2º. del Código Civil) y la titularidad dual de dicha función (artículo 154.1º del Código Civil). Armoniza estos postulados mediante la fórmula de ejercicio continuo o ejercicio unilateral consentido por el otro progenitor para las hipótesis ordinarias y de ejercicio exclusivo para los casos de imposibilidad, ausencia, etc. de uno de los progenitores (artículo 156 del Código Civil). En consecuencia y dejando al margen los actos ajustados al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, para los que se prevé una regla especial que no es del caso examinar ahora, toda actuación individual en ejercicio de la patria potestad no puede obtener el reconocimiento que de su validez implica la inscripción en tanto no se acredite debidamente la causa que conforme a la ley permite prescindir de la intervención del otro progenitor». III.—Resuelvo. En el primer hecho se ve claramente que hay una contradicción en cuanto a la naturaleza de la condición, si por un lado se dice que se imputará en primer término al tercio de mejora y luego sucesivamente a los de libre disposición y legítima quiere decirse que la donación es colacionable y a pesar de ello se ordena que no sea colacionable. Esta contradicción provoca una nulidad de la donación pues el aceptante no puede saber si ella supone un beneficio frente a otros herederos o simplemente es un adelanto de su haber hereditario. Lo dicho provoca que no se pueda

inscribir la escritura mientras no se resuelva dicha contracción. El defecto es subsanable. El segundo defecto hace referencia a la protección de las legítimas de los herederos forzosos. La donación se hace a unos hijos con una prohibición de disponer absoluta por actos inter vivos durante la vida del donante y para el caso de que este fallezca sin consentimiento de la madre de los donatarios y no se extinguirá dicha prohibición hasta el fallecimiento o incapacidad mental permanente del donante y de la madre de los donatarios. Es decir que para el caso de que el donante fallezca y teniendo en cuenta que la donación se imputará al tercio de mejora en el caso de que sea colacionable, los donatarios tendrán gravada su legítima hasta el momento de la muerte o incapacidad de su madre, gravamen que prohíbe expresamente el código civil en su artículo 813. Para el caso de que la donación no sea colacionable estaríamos en el mismo caso si no hubiera otros bienes en la sucesión pues esta donación habría de traerse a la herencia a los efectos de dejar las legítimas. Este defecto es insubsanable. Respecto al tercer punto es indudable que los menores de edad pueden aceptar donaciones puras y simples sin necesidad de que intervengan sus progenitores para completar su capacidad, siempre que tengan el suficiente discernimiento para entender lo que están haciendo y las consecuencias que su acto puede acarrearles. En el presente caso el Notario no hace un especial hincapié en estas circunstancias personales, solo utiliza la fórmula sacramental «los considero con capacidad suficiente para el otorgamiento de la presente escritura». Pero es que en este caso la donación no es tan pura y simple como se podría pensar pues está gravada con una prohibición de disponer e incluso de gravar, enajenar, transmitir o ceder su uso por cualquier título y no solo durante la vida del donante sino también durante la vida de la madre de los donantes. Para este caso pienso que los donatarios no tienen capacidad suficiente para aceptar sino que deberán estar representados por los padres que complementen su capacidad y no se diga que ya en la escritura aparece un progenitor, el padre que hace la donación, pues la regla general es que la patria potestad es compartida y solo en casos excepcionales, que no se alegan en el presente caso, se admite que la patria potestad se pueda ejercer por uno solo de los progenitores. Este defecto lo considero insubsanable. IV.–Medios de impugnación. Contra la presente nota (...) Orihuela, 12 de julio de 2016 El Registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma al Registrador de la Propiedad de Elda número 2, don José Ramón Alconchel Saiz-Pardo, quien confirmó la calificación del registrador de la Propiedad de Orihuela número 4 con fecha 16 de agosto de 2016.

IV

Don Antonio Botía Valverde, notario de Callosa de Segura, interpuso recurso contra la nota de calificación sustituida el día 15 de septiembre de 2016 con, entre otros, en los siguientes argumentos: «(...) Fundamentos jurídicos: Primero: (...) 1).–(...) 5) La donación, que transmite el dominio, tiene naturaleza gratuita y a efectos de los límites que supone el sistema legal de legítimas debe tenerse en consideración para valorar si dichos actos gratuitos suponen una extralimitación (art. 636.1º CC). Claro que como no existen legítimas en vida del donante será tras el fallecimiento de éste y en base a la existencia o no de legitimarios y al valor en ese momento de los bienes, cuando se podrá valorar si existe o no esa extralimitación, procediendo en caso afirmativo, como reacción legal, la reducción en la parte que fuera inoficiosa (art. 636.2º CC), nunca a decretar la nulidad de la misma. 6) El Código Civil ha proscrito la sucesión contractual, siendo sólo títulos sucesorios el testamento (acto unilateral y revocable) o en su defecto la Ley, pero nunca el pacto o contrato sucesorio (...) Ello significa no solamente que no cabe regular por contrato la futura herencia entre el futuro causante y su «presunto» sucesor, sino que tampoco cabe que por «pacto» se regule ningún aspecto de la sucesión «mortis causa», aunque el art

826 CC parece establecer una excepción en materia de mejora, disposición que se aparta de la regla general con una fundamentación muy especial como se denota que exija que se haga (sic) en escritura de capitulaciones matrimoniales y cuyo carácter excepcional viene a ratificar el art. 827 CC que luego expondremos, que parece ampliar también aquella al supuesto de contrato oneroso con tercero. Segundo: Pasando al primero de los tres defectos de la nota de calificación relativo a la contradicción entre la imputación al tercio de mejora y después a los de libre disposición y legítima y que sea no colacionable lo que según la nota de calificación «provoca una nulidad de la donación pues el aceptante no puede saber si ella supone un beneficio frente a otros herederos o simplemente es un adelanto de su haber hereditario», debe señalarse lo siguiente: - En primer lugar, la falta de claridad en la redacción general de la nota que no permite determinar con claridad cuál es la motivación y sobre todo cual es el precepto legal o doctrina jurisprudencial o del Centro Directivo en la que se basa y por tanto el fundamento legal de su negativa (...) No señala así la (...) nota la motivación en su doble sentido de determinación del precepto, sentencia o resolución en que se ampara y la razón o enlace por la cual es aplicable al presente caso (...) - En segundo lugar, y pasando al fondo del asunto, debe tenerse en cuenta que, como antes dijimos, en nuestro Código Civil está proscrita la sucesión contractual (art. 658) aunque a los efectos tanto de legítimas (art. 818) como de la partición entre coherederos forzosos (art. 1035) dichas donaciones tendrán una repercusión «cuando se produzca el fallecimiento» (art. 654 CC), momento para determinar las legítimas en sus aspectos subjetivos (legitimarios) y objetivos (valoración de los bienes del «relictum» y de las donaciones hechas en vida a ambos efectos a los efectos [sic] del art. 818 de manera imperativa siendo el valor en el momento de la partición a los efectos del 1.035 del Código Civil conforme al art. 1.045 CC, salvo disposición del causante). Las repercusiones «mortis causa» de las donaciones «inter vivos» a los efectos tanto de legítimas (art. 818) como de la partición entre coherederos forzosos (art. 1035) lo serán cuando se abra la sucesión y por ello señala el CC para el primer supuesto (único que regula a estos efectos por su carácter de «ius cogens») que incluso en el caso de que fuera inoficiosa y hubiera de reducirse ello no obstante «esta reducción no obstará para que tenga efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos» (art. 654.1º CC) remachando el art 655 CC como los que tengan derecho a ejercitar dicha acción de reducción por inoficiosa «no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación». Lo anterior tiene un fundamento claro: que la donación «inter vivos» sea un título para transmitir en vida la propiedad de los bienes (art. 609 CC) y que, tras el fallecimiento del donante, pueda producir ciertos efectos en la herencia del mismo de tal manera que puede producirse tras dicho fallecimiento, que no antes, la ineficacia de la misma, total o parcial (reducción por inoficiosa) ello, insistimos, no significa que en vida donante y donatario puedan pactar nada al respecto de dicha eficacia al estar proscrita la sucesión contractual siendo justamente el antes citado artículo 655 una prueba palpable de ello. Así, el donatario puede aceptar o no una donación pero lo que el donatario no puede ni aceptar ni dejar de aceptar son sus efectos a efectos (sic) de imputación a cualesquiera de los tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición ni a efectos de partición (sería aceptar un pacto sucesorio), lo que depende de la voluntad exclusiva del donante, que además es revocable como se deduce del propio art. 827 CC (que los dos registradores de la propiedad calificadores han omitido) cuando señala que «la mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero», lo que significa, dejando aparte ahora la referencia a las capitulaciones o al contrato oneroso que no es el presente caso, que la donación produce todos sus efectos y que la imputación a los efectos de mejora (que como señala la doctrina es un tercio de libre disposición a favor de hijos y descendientes), como a cualquier otro tercio (legítima o libre disposición), depende de la voluntad libérrima, unilateral y revocable del donante. Así pues, el donatario, tiene que aceptar o no la donación, pero no puede ni aceptar ni dejar de aceptar la imputación al tercio que decida el testador, y la que recoja de escritura de

donación (si no la hace entiende la doctrina que se imputaría en por este orden a la legítima, mejora y libre disposición) puede ser alterada posteriormente observando la forma testamentaria, y es por eso en el presente caso la donación es irrevocable a salvo las causa legales de los art. 644 y siguientes CC) y los donatarios son propietarios del inmueble desde el día del otorgamiento de la escritura, pero el donante podrá mientras viva en testamento alterar el orden de imputación en sentido diferente al de la donación de manera unilateral sin precisar el consentimiento de los donatarios, ni tan siquiera su conocimiento. Y si eso es así a los efectos del art. 818 CC, de naturaleza imperativa, obviamente también lo es a los efectos del art. 1.035 CC, de naturaleza dispositiva. Es más, en la escritura calificada por mi autorizada la imputación a los efectos del art. 818 y la computación a efectos del 1035 se recoge en párrafo posterior al del consentimiento de los donatarios, en tanto que estos consienten la transmisión del dominio pero no la imputación ni la computación. - En tercer lugar (sic) sobre la contradicción entre el orden de imputación y el de computación no alcanza a comprenderse donde se encuentra la contradicción que señala el señor registrador de la propiedad, no ya porque como dice la doctrina el tercio de mejora tenga la consideración de «libre disposición» entre legitimarios y sus descendientes sino sobre todo porque es confundir instituciones que, como antes dijimos, tienen naturaleza, fundamento y presupuestos diferentes y por ello no existe ningún obstáculo jurídico para que incluso pudiera una donación ser imputable en primer lugar al tercio de legítima estricta y ser no colacionable, sin perjuicio de que la doctrina entienda que ante la falta de manifestación del donante/testador se pueda presumir ciertas imputaciones o computaciones, y así, por ejemplo, algunos autores entienden que el hecho de que en una donación el donante ordene que no sea colacionable a efectos de partición se puede entender como una «mejora tácita». No deja de tratarse de una labor de interpretación de la voluntad del donante/testador ante la falta de manifestación expresa de éste, que es justamente lo que se trata de evitar en el documento objeto del presente recurso en el que de manera clara se ha recogido la voluntad del donante, revocable por supuesto como antes dijimos, a efectos de imputación legitimaria y colación particional, tendiendo a evitar esas conjeturas e interpretaciones tras su fallecimiento. Tercero: Por lo que respecta al segundo de los defectos relativo a la prohibición de disponer y su posible gravamen de la legítima, debe (sic) considerarse aquí reproducidos los argumentos sobre la inexistencia de legítimas en vida del causante y la prohibición de pacto sucesorio (...) además debe tenerse en cuenta que sobre el tercio de mejora sí caben gravámenes siempre que lo sean a favor de legitimarios (cfr. art. 782 in fine CC) y por ello que no existe ningún inconveniente para que se establezca en testamento una prohibición de disponer absoluta sobre bienes imputables al tercio de mejora, y por ello tampoco lo puede haber para que se imponga en una donación una prohibición de disponer relativa, al precisarse el consentimiento del donante o en su defecto de la madre de los donatarios. Todo ello sin perjuicio de que, tras el fallecimiento del donante, dicha limitación pudiera ser objeto de «reducción parcial» (nunca lo sería total por definición) si en alguna medida afectara al tercio de legítima estricta pero nunca en vida del mismo (art. 654.1º CC). Cuarto: Por lo que respecta al tercero de los defectos relativo a la falta de capacidad de los donatarios al ser menores de edad y la necesidad de que comparezcan ambos progenitores, debe tenerse en cuenta como antes dijimos que el CC en sus arts. 625 y 626 recoge unas normas especiales en materia de capacidad y de las que se deduce que no hace falta ser mayor de edad para aceptar donaciones siempre y cuando no conlleven obligaciones para el menor, doctrina que desde hace más de ochenta años ha consagrado la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, exigiendo sólo la mínima capacidad natural para aceptar. En el presente caso los donatarios tienen 15 y 17 años y por tanto tienen claramente esa capacidad natural y por tanto el fundamento de la denegación se encuentra en no ser una donación pura y simple según el señor registrador de la propiedad. Lo que sucede es que (...) considera que el hecho de que lo donado esté sujeto a una prohibición de disponer relativa impide su calificación como tal, sufriendo el calificador una confusión de conceptos ya que el art. 626 CC sólo exige la mayoría de edad o la intervención de los legítimos representantes cuando la donación sea condicional u onerosa, o sea, cuando

conlleve una condición o carga a cumplir por el donatario (vgr. el pago de la deuda hipotecaria que grava la finca), y ello no sucede en el presente caso en el que los menores no asumen ninguna carga u obligación, simplemente reciben un bien con una limitación relativa de sus facultades de disposición».

V

El registrador emitió informe el día 22 de septiembre de 2016 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 46, 162.1, 322, 443, 621, 624, 625, 626, 782, 813, 815, 818, 819, 828, 992, 1.246, 1.263 y 1.035 del Código Civil; las leyes 463, 481 y 482 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989, 17 de diciembre de 1992, 28 de septiembre de 2005 y 24 de enero de 2008, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989.

1. Tres son los defectos observados por el registrador en la calificación de la escritura que se recurre:

a) existir una contradicción al establecerse en la escritura el carácter no colacionable de una donación y simultáneamente fijar el orden de imputación de la donación a los tercios de mejora, libre disposición y legítima.

b) la prohibición de disponer del bien donado, una vez fallecido el donante, sin el consentimiento de la madre del donatario, lo que puede suponer un pacto sobre la legítima futura.

c) al ser menores de edad (14 y 17 años) los donatarios carecen de capacidad para aceptar donaciones con prohibición de disponer.

2. No existe contradicción alguna entre los conceptos de colación e imputación pues son instituciones diferentes.

Sirva de recuerdo y ejemplo de compatibilidad lo dispuesto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de enero de 2008, cuando dice: «El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el relictum con el donatum; así lo dicen expresamente las sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005 y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997. Artículo 818 del Código Civil. La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código Civil. La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005. artículo 819 del Código Civil, que se refiere a la imputación de las donaciones. Distinto de todo ello es la colación. Este es un tema de cálculo de legítima, cuando hay varios legitimarios y es, sencillamente, como la define la sentencia de 17 de diciembre de 1992, la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurran en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el artículo 1.035 del Código Civil. El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código Civil. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación».

Además, el artículo 818 en su párrafo segundo utiliza la expresión «colacionables» en sentido impropio. En realidad, como sostiene la doctrina, la expresión «colacionables» en el precepto quiere decir computables, pues si a la expresión «colacionables» se le diera el sentido técnico del artículo 1.035 del Código Civil, las donaciones hechas a extraños no deberían tenerse en cuenta para saber si la donación ha sido inoficiosa, cuando no hay duda de que la regla contenida en el párrafo segundo tiene, precisamente, esa finalidad, averiguar el quantum global mediante la suma del valor de las donaciones inter vivos al patrimonio relicto neto.

A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que para que procedan todas y cada una de las operaciones señaladas es necesaria la presencia de un causante, por lo que vivo el donante no cabe plantearse problema alguno de colación o imputación, que difieren al tiempo del fallecimiento y de la partición tanto la colación como la imputación, la reducción por inoficiosa y la fijación de legítimas. No se olvide que la legítima no es un derecho latente, un derecho potestativo o una situación jurídica secundaria, sino tan solo un freno a la libre facultad dispositiva del testador o donante cuyos efectos se verán al tiempo del fallecimiento.

En consecuencia, este defecto debe ser revocado.

3. Si bien es cierto que la prohibición de disponer es un gravamen y no puede afectar a la legítima (artículos 815 y 782 del Código Civil) debe volver a insistirse en que no existe legítima hasta que no hay causante, momento en el que ha de efectuarse el cómputo, valoración (incluida la colación «impropia» del artículo 818) e imputación.

Tampoco la aceptación de una donación en la que el donante incluya un orden de imputación de la misma implica una renuncia o transacción sobre la legítima futura, prohibida por el artículo 816 del Código Civil, pues dicha determinación del orden de imputación de la donación es un acto de voluntad unilateral del donante-causante, posible en cuanto respete los límites legales, y el donatario presunto heredero forzoso no renuncia, en virtud de su aceptación de la donación, a las acciones que, en defensa de su legítima, puedan corresponderle tras el fallecimiento del causante, pues tal renuncia, que sí estaría prohibida, debería ser expresa y no está implícita en la sola aceptación de la donación.

Por otro lado, al tratarse de una donación no colacionable, ha de tenerse en cuenta la norma de imputación del artículo 828 del Código Civil que permitiría eludir la prohibición de los artículos 815 y 782. Todo ello obviando el problema de valoración que puede suponer cuantificar la minoración de valor que supone una prohibición de disponer.

En realidad, toda donación hecha a un hijo o descendiente es presuntamente imputable a su legítima, bien de modo prioritario (artículo 819 Código Civil), o subsidiariamente, pero solo tras el fallecimiento del causante podrá determinarse si esa carga impuesta a la donación infringe realmente los derechos legítimos. De otro modo, por definición, no cabría imponer carga o limitación alguna a cualquier donación a favor de un descendiente.

No está de más recordar la preferencia que a la voluntad del donante da nuestro Código Civil cuando se trata de establecer un régimen de administración especial para un bien donado a un menor (artículos 164.1 y 227 Código Civil).

Este defecto, igualmente, debe revocarse.

4. En el contexto de la Convención sobre los Derechos del niño adaptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990, «Boletín Oficial del Estado» de 31 de diciembre de 1990), la norma general en materia de capacidad de los menores, como señalara la Resolución de este Centro Directivo de 3 de marzo de 1989, es que «en torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrán de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento

supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de esta, sino a la inversa (vid. artículo 162.1.º del Código Civil); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (vid. artículos 46, 443, 662, 992, 1.246 y 1.263 del Código Civil, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad». Más adelante excluye la aplicación del artículo 1.263.1 del Código Civil en los siguientes términos «esta posición, sobre hacer inútil el artículo 626 del Código Civil, no concuerda con el tenor literal y los datos lógicos y sistemáticos en la interpretación del artículo 625 del Código Civil; si con este precepto quiso señalarse que no pueden aceptar donaciones quienes no pueden prestar su consentimiento en los contratos se hubiera formulado directamente, al modo en que lo hace el artículo 624 del Código Civil, o se hubiera omitido por resultar su contenido del artículo 621 del Código Civil; y, por otra parte –sin prejuzgar ahora acerca de la verdadera naturaleza de la donación–, no puede desconocerse su esencia de acto liberalidad que procura al donatario una ventaja patrimonial definitiva sin contraprestación o compromiso alguno por su parte, lo que necesariamente ha de repercutir en el grado de madurez exigible para aceptar. 4. Todo ello, unido al propio tenor literal del artículo 625 del Código Civil y a la interpretación a contrario del artículo 626 del Código Civil, permite entender el precepto en el sentido de proclamar como regla general la aptitud de toda persona que tenga capacidad natural de entender y querer, para aceptar donaciones». Pero acto seguido introduce la salvedad del artículo 626 del Código Civil: «Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes».

El recurrente señala que «o sea, cuando conlleva una condición o carga a cumplir por el donatario (vgr. el pago de la deuda hipotecaria que grava la finca), y ello no sucede en el presente caso en el que los menores no asumen ninguna carga u obligación, simplemente reciben un bien con una limitación relativa de sus facultades de disposición».

La cuestión básica a efectos de la resolución de este recurso será, por tanto, la interpretación que debe darse al artículo 626 del Código Civil, cuando exige la intervención de los representantes legales de quienes no pueden contratar para aceptar donaciones condicionales u onerosas.

En primer término, es opinión general en la doctrina la de que el Código no emplea aquí el término «condición» en su sentido técnico, sino como equivalente a gravamen impuesto al donatario, de modo similar a como se utiliza en el artículo 647 del Código Civil, al regular la revocación de la donación modal.

Resultaría así que la norma en cuestión (artículo 626 del Código Civil) estaría contemplando la donación modal o con causa onerosa, sin que sea necesario determinar ahora si ambas clases de donación son la misma o presentan algún matiz diferenciador. Según señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1999, la donación modal es aquella «en que se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación, como determinación accesoria de la voluntad del donante». El beneficiario de la donación modal, como aclara la sentencia citada, es un verdadero obligado, pudiendo, ante su incumplimiento, acudir tanto al remedio de la revocación de la donación (artículo 647) como a la exigencia de cumplimiento de la obligación impuesta, directo o por equivalencia.

Es esta condición de verdadero obligado lo que da su carácter de onerosidad parcial (artículo 622 del Código Civil) y justificaría el régimen especial de aceptación del artículo 626 del Código Civil.

Pero sentado que la donación modal, aquella de la que el beneficiario resulta un verdadero obligado, es el ámbito propio del artículo 626 del Código Civil, quizás no sería

adecuado considerar que cualquier gravamen impuesto por el donante sobre lo donado, siempre que no implique una verdadera obligación para el donatario, queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 626 del Código Civil. Procede una interpretación finalista de la norma, orientada a la protección del interés del donatario menor, aunque sin olvidar la modernas tendencias favorables a reconocer la capacidad general de obrar del menor, y que han encontrado plasmación en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conforme al cual las normas limitativas de la capacidad de los menores deben ser interpretadas restrictivamente.

Por ello, habrá que estar a la naturaleza del gravamen impuesto sobre el bien donado y a los potenciales perjuicios que del mismo se puedan derivar para el donatario menor. Por ejemplo, si el gravamen consiste en una relación jurídica real de la que puedan derivarse futuros créditos o deudas entre las partes, como si se reservara el donante al donar un derecho de usufructo, cabría dudar de que no fuera necesaria la intervención de los representantes legales del menor para valorar la conveniencia de aceptar la donación sujeta a tal carga.

En cuanto al caso concreto de la prohibición de disponer que se recoge en la escritura objeto de la calificación registral recurrida, es cierto que dicha previsión limita las facultades dispositivas del donatario, implicando un auténtico gravamen para el mismo, con eficacia real y «erga omnes» a través de su inscripción, y no cabe descartar de modo absoluto un potencial perjuicio para el donatario, en relación con los hipotéticos gastos derivados de una propiedad no disponible libremente. Pero, de otro lado, la existencia de gastos inherentes a la propiedad no debe servir para calificar una donación como onerosa, pues, si así fuera, todas lo serían, y el menor que acepta una donación de un inmueble en ningún caso tiene la libre disponibilidad del mismo. De hecho, el régimen de prohibición previsto no excluiría la iniciativa del propietario para enajenar, pudiendo realizarse con el consentimiento del donante o en el caso de fallecimiento o incapacidad mental permanente del mismo de la madre de los donatarios, instaurando un régimen especial de administración de los bienes donados.

En este contexto debe igualmente recordarse la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resolución 7 de julio de 1998) para los contratos con causa mixta (compraventa de inmueble e inmediata hipoteca), cuando la causa principal es la adquisición en las que se ha admitido sin necesidad de autorización judicial.

Por último, es de citar el contenido de la ley 50.3.º de la Compilación Foral Navarra, que recoge expresamente una solución favorable a la tesis expuesta.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso 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, 12 de diciembre de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.