

Usufructo y sociedad de gananciales

Especial referencia a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: 1. LAS DISTINTAS RESOLUCIONES DE LA DGRN: A) *Resolución de 10 de julio de 1975 (R.A. 3160)*. B) *Resolución de 31 de enero de 1979 (R.A. 90)*. C) *Resolución de 15 de abril de 1980 (R.A. 1607)*. D) *Resolución de 21 de enero de 1991 (R.A. 592)*. E) *Resoluciones de 25 de febrero de 1992 (R.A. 2879) y 3 de mayo de 1994 (R.A. 4083)*. F) *Resolución de 25 de febrero de 1993 (R.A. 1.362)*. G) *Resolución de 7 de febrero de 1995 (R.A. 1.330)*. H) *Resolución de 8 de julio de 1998 («BOE» 178, 27 de julio)*. 2. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—III. ADSCRIPCIÓN INICIAL DEL USUFRUCTO AL PATRIMONIO PRIVATIVO O GANANCIAL: 1. POR EL TÍTULO ONEROSO O GRATUITO DE LA ADQUISICIÓN. 2. POR RAZÓN DE LA NATURALEZA DEL BIEN ENAJENADO SOBRE EL QUE RECAE LA RESERVA DE USUFRUCTO. 3. POR RAZÓN DE LA PREVIA TITULARIDAD DE LA NUDA PROPIEDAD O DEL USUFRUCTO: LA CONSOLIDACIÓN. 4. POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES: LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD. IV. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA GANANCIAL DEL USUFRUCTO: 1. LA DISPOSICIÓN DEL USUFRUCTO COMO DETERMINANTE DE SU COMUNICACIÓN GANANCIAL. 2. TRANSMISIBILIDAD Y GANANCIALIDAD: SOLUCIONES PROPUESTAS: 2.1. *La privatividad del usufructo ex artículo 1.346-5º del Código Civil: distinción entre titularidad y contenido económico*. 2.2. *La comunicación ganancial del usufructo: su alcance*: A) La ganancialidad como cotitularidad. B) La disociación entre titularidad y ganancialidad.—V. EL RÉGIMEN DEL USUFRUCTO GANANCIAL A LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES: 1. USUFRUCTO GANANCIAL CONSTITUIDO EN FAVOR DE UNO SÓLO DE LOS CÓNYUGES: 1.1. *¿En qué medida el carácter personal del usufructo, vinculado a la vida del cónyuge viudo dificulta o restringe su vocación a la participación in natura?* 1.2. *¿Cabe pensar en un derecho de atribución preferente a ejercitar y hacer valer por el cónyuge usufructuario en base a lo dispuesto en los artículos 1406 y 1407 del C.C.?* 2. USUFRUCTO GANANCIAL CONJUNTO: 2.1. *¿Es*

aplicable el artículo 521 del Código Civil? 2.2. ¿Qué significa, en el momento de liquidación del consorcio conyugal, mereciendo el usufructo la calificación de ganancial, el hecho de que no se extinga hasta la muerte del cónyuge que sobreviva!: A) Subsistencia íntegra del usufructo sin perjuicio de su inclusión en la liquidación. B) Subsistencia íntegra en favor del cónyuge superviviente quedando excluido de la liquidación. C) Nuestra opinión 3. USUFRUCTO GANANCIAL CONSTITUIDO EN FAVOR DE UN CÓNYUGE Y SUCESIVAMENTE EN FAVOR DEL OTRO.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La función económico social que cumple el derecho de usufructo (asegurar, mediante la concesión del goce y explotación vitalicios de ciertos bienes, un adecuado nivel de vida) explica el amplio desenvolvimiento que el derecho, tuvo y sigue teniendo, en la esfera familiar y sus estrechas relaciones con el Derecho sucesorio. Es en esta esfera de satisfacción de necesidades familiares donde se enmarca el presente trabajo, si bien el objeto de estudio se circunscribe a una cuestión concreta de régimen económico matrimonial. Es nuestro propósito estudiar algunos aspectos de la disciplina del derecho de usufructo en el régimen legal de la sociedad de gananciales.

Para ello, nos vamos a servir del material que proporcionan distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN). La lectura de las mismas, algunas de ellas anteriores a la reforma del régimen económico matrimonial por ley de 13 de mayo de 1981, lejos de ofrecer una respuesta clara, pone de manifiesto las dificultades que la ganancialidad del derecho de usufructo suscita.

En general, contemplan una de las formas más usuales de constitución voluntaria *inter vivos* del usufructo: la enajenación de bienes inmuebles con reserva (*deductio*) del usufructo en favor del propietario; éste conserva el uso y disfrute de los bienes mientras viva, desprendiéndose de la (nuda) propiedad, bien a título gratuito —si el beneficiario es un pariente próximo—, bien a título oneroso —lo que permite al disponente obtener unos ingresos sin perder el uso del bien—. Es una operación relativamente frecuente en el ámbito familiar, realizada normalmente con el propósito de favorecer y repartir en vida los bienes a los hijos, sin desatender la cobertura y satisfacción de las necesidades del disponente hasta su muerte.

En los supuestos que nos proponemos analizar el acto de disposición es otorgado por un matrimonio casado bajo el régimen legal de gananciales; bien uno de los cónyuges (si los bienes de los que se dispone son privativos suyos), bien ambos o uno con el consentimiento del otro (si los bienes son gananciales) transmiten bienes de su sociedad conyugal, reservándose con carácter vitalicio el usufructo en favor de alguno de ellos o de ambos, simultánea o sucesivamente.

En menor medida, pero no tan infrecuente como pudiera pensarse, la constitución se produce directamente, cuando uno o ambos cónyuges adquieren (a título oneroso o gratuito) el derecho de usufructo de un tercero, quien queda como nudo propietario o, a su vez, cede también esta posición a otro sujeto.

Las dificultades surgen cuando el derecho de usufructo constituido merece inicialmente la calificación de ganancial, normalmente, por afectar el acto de disposición a bienes inmuebles gananciales, o bien por haber sido adquirido el derecho a título oneroso durante el matrimonio por uno o ambos consortes a costa del caudal común.

Esta primera cuestión, relativa a la adscripción del derecho de usufructo a alguna de las masas patrimoniales de la sociedad conyugal, no está exenta, sin embargo, de dudas. A las dificultades que, en algunos casos, ofrece la interpretación de las determinaciones legales contenidas en los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil que fijan las vías de acceso a la ganancialidad o privatividad, se suman las diferentes posiciones doctrinales en cuanto a la configuración del derecho cuya ganancialidad se pretende, en particular, respecto del carácter más o menos personalista que se pueda predicar del usufructo constituido por la vida de una persona. Así, cuanto mayor relieve se otorgue al carácter personal del derecho en detrimento de su consideración económica, más se reclamará la titularidad exclusiva de la persona en cuyo favor queda constituido y mayores serán los obstáculos para someterlo a un régimen patrimonial de atribución conjunta a ambos cónyuges impuesto en razón de la condición ganancial del mismo.

Pero, aun delimitadas estas cuestiones, la claridad que podría vislumbrarse se ve oscurecida por la carencia de contornos precisos de un concepto jurídico no definido suficientemente a nivel positivo que, sin embargo, constituye el eje o tema central en este orden de cuestiones: la idea de comunidad que comporta el régimen económico matrimonial denominado sociedad de gananciales.

En la mayoría de los supuestos contemplados por las resoluciones de la DGRN que se ocupan del tema, las dificultades relativas a la calificación del usufructo se plantean con ocasión de la disolución de la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges cuando el supérstite, cónyuge en cuyo favor quedó constituido el derecho, bien de manera individual o conjunta con su consorte, lo enajena, pretendiéndose la constancia en el Registro de la Propiedad de dicha operación, a lo cual suele oponerse el Registrador por no haber mediado la liquidación y consiguiente adjudicación del usufructo en favor del disponente o, cuanto menos, por no constar el consentimiento de los herederos del premuerto necesario para poder disponer de los bienes integrantes de la llamada *comunidad postganancial*.

Es, por tanto, la necesidad o no de inclusión del usufructo en la liquidación, la cuestión que aparece en la mayoría de los pronunciamientos de la Dirección General; cuestión en cuya resolución confluyen, además de las

dificultades reseñadas en cuanto a la configuración del usufructo y al sentido y alcance de la comunicación ganancial, el régimen legal de extinción del usufructo en función de que se constituya en favor de uno o de ambos cónyuges, y en este último caso, con carácter conjunto o sucesivo. Se trata de averiguar, en el momento liquidatorio del régimen económico matrimonial, la incidencia que tiene el artículo 521 que, en sede de usufructo, prevé la no extinción del derecho hasta la muerte del último de los cusufructuarios, de modo que, la falta de alguno provoca el aumento o expansión económica del derecho de los demás.

Ha sido esta última una de las cuestiones que mereció, antes de la reforma en 1981 del régimen económico matrimonial, la atención de la doctrina, preocupada por sortear los obstáculos que la prohibición legal de donaciones entre cónyuges imponía al establecimiento, sobre bienes gananciales o privativos, del usufructo en favor de ambos cónyuges con carácter conjunto o sucesivo y, especialmente, cuando conforme a la previsión del artículo 521 del Código, en el momento de la muerte de uno de ellos y consiguiente disolución de la sociedad conyugal, el usufructo subsiste en su totalidad en favor del supérstite. Actualmente, el reconocimiento legal de la libre contratación y transmisión de bienes entre cónyuges (art. 1.323 C.C.) plantea la cuestión, como veremos, en otros términos.

Sin pretender agotar todas y cada una de las circunstancias en que usufructo y régimen económico matrimonial de gananciales entran en contacto, el estudio se dedica a la cuestión relativa a la naturaleza ganancial o privativa del derecho de usufructo y al significado y alcance de su comunicación ganancial. Si bien, conviene advertir, desde ahora, que no entramos a analizar las peculiaridades del usufructo en razón del distinto objeto al que puede afectar el derecho. En correspondencia con los pronunciamientos de la DGRN que nos sirven de material inicial de trabajo, tenemos *in mente* fundamentalmente el usufructo que recae sobre bienes inmuebles.

Probablemente, una buena manera de ilustrar la materia que pretendemos estudiar sea realizar un repaso de las resoluciones que, desde antes de la reforma de 1981, se han ido sucediendo hasta llegar a la más reciente de 1998. Comenzaremos, pues, con una sucinta exposición de los supuestos, cuestiones y doctrina de la llamada «*jurisprudencia registral*» que sirven para situar el problema. Puesto que, en su mayor parte, han sido objeto de comentarios doctrinales, nos parece interesante exponer, al hilo de cada una, las opiniones que han merecido. Esto nos permitirá comprobar, no sólo la falta de unos resultados consecuentes y coherentes con el punto de partida (condición ganancial del usufructo) acogido por la Dirección General, sino también las encontradas perspectivas de contemplación de la cuestión y la ausencia de un parecer unívoco a nivel doctrinal. A continuación, se delimitarán las diferentes vías de acceso del usufructo a las masas patrimoniales de la sociedad

conyugal y el significado de su comunicación ganancial. Finalmente, se dedicará un apartado a la incidencia que sobre el derecho de usufructo tiene la disolución del consorcio, especialmente, cuanto ésta tiene su origen en la muerte de alguno de los cónyuges.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. LAS DISTINTAS RESOLUCIONES DE LA DGRN

A) Resolución de 10 de julio de 1975 (R.A. 3160)

a) Antecedentes

Se trataba de inscribir por los nudo-propietarios (doña Josefina y don José María) y el usufructuario (don Rafael) la transmisión de sus respectivos derechos a un tercero (don Vicente) que adquiere por compra el pleno dominio de dos fincas. Una de las fincas había sido donada a doña Josefina por sus padres (don Rafael y su esposa), quienes se reservaron el usufructo vitalicio; la otra fue vendida a don José María, reservándose los vendedores (de nuevo, don Rafael y su esposa) el usufructo vitalicio. La cuestión se plantea respecto de la venta del derecho de usufructo efectuada por don Rafael una vez fallecida su esposa; usufructo cuya ganancialidad deriva de poseer este carácter las fincas enajenadas sobre las que se efectúa la reserva.

El Registrador suspende la inscripción de la transmisión del usufructo realizada por el cónyuge viudo *«ya que por ser un bien ganancial tiene que ser objeto de la correspondiente adjudicación, previa la disolución de la sociedad de gananciales»*.

El Notario recurrente defiende en su recurso que, al tratarse de un usufructo ganancial (por constituirse vía reserva al enajenar fincas gananciales) y conjunto, establecido en favor de ambos cónyuges, es plenamente aplicable el artículo 521 por lo que el cónyuge sobreviviente es el titular del usufructo, no siendo necesario que sea objeto de adjudicación. Añade dos precisiones: por un lado, que, *«en todo caso, lo que habrá que llevar a efectos de liquidación, a la masa de gananciales, no es el derecho de usufructo en si mismo, sino su valor, por lo que no puede haber obstáculo para la transmisión del usufructo por el cónyuge sobreviviente, reduciéndose el problema a conmutar su valor en la masa ganancial»* y, además, por otro, mantiene lo difícilmente sostenible que sería la posible adjudicación del usufructo en favor de los herederos del cónyuge fallecido sin haberse pactado así en el momento de constitución del derecho.

b) Doctrina

La DGRN mantiene la no necesidad de adjudicación del usufructo, previa disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, «*dado que al ser el usufructo un derecho temporal y generalmente vitalicio, queda necesariamente extinguido a la muerte del usufructuario y, o se produce la consolidación en la persona del nudo propietario o bien, tal como ocurre aquí, según se deduce del título constitutivo, reflejado en los asientos registrales y de acuerdo, además, con los artículos 521 y 987 del Código Civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho*».

Como argumento a mayor abundamiento, se afirma que, aun partiendo de la necesidad de adjudicación del usufructo, en este caso la validez de la disposición no suscita duda alguna dada la intervención en el acto de todos los interesados en la liquidación de la sociedad de gananciales (cónyuge viudo y herederos del premuerto, puesto que la nuda propietaria era la única hija del matrimonio).

Esta resolución fue criticada por CARRETERO GARCÍA (*RCDI*, n° 511, 1975, págs. 1452-1458) para quien, si bien el fallo de la resolución es acertado (no necesidad de liquidación en cuanto al usufructo), no lo es tanto el razonamiento de la misma centrado en el derecho de acrecer —art. 521 C.C.—, sin discutir la ganancialidad del usufructo. En su opinión, el usufructo constituido en favor de ambos cónyuges —vía enajenación o reserva— puede configurarse de muy diversas maneras:

— *Usufructo conjunto puro*: implica un disfrute conjunto durante la vida de ambos y se extingue a la muerte del primero que fallezca

— *Usufructo por mitades indivisas*: cada cónyuge tiene su mitad, y la consolidación de cada mitad se verifica a la muerte de cada uno.

— *Usufructo conjunto y sucesivo*: disfrute conjunto y al fallecimiento de uno de ellos pasa totalmente al otro, hasta el fallecimiento de éste.

— *Usufructo sucesivo puro*: constituido a favor de uno solo de los cónyuges, pero para el caso de sobrevivir el otro, sucederá en el usufructo sin consolidación alguna hasta la muerte del sobreviviente.

— *Usufructo ganancial*: no se produce la consolidación hasta la muerte del sobreviviente, pero al fallecer el premuerto, el usufructo entra en la liquidación de la sociedad conyugal.

Señala el autor que la exclusión del usufructo de la masa de liquidación (solución propuesta por la DGRN) sólo puede hacerse partiendo de que un usufructo nunca puede ser propia y verdadera-

mente ganancial, *«dada la esencia personalísima del usufructo, por su necesaria vinculación a la vida de la persona o personas a cuyo favor se constituye»*.

Básicamente, estas conclusiones también son compartidas por CHICO Y ORTIZ (ADC, 1977, págs. 916-918) quien destaca que la DGRN ofrece *«una solución de emergencia sin que se aborden los auténticos problemas que encierra la posibilidad o validez de la figura —fundamentalmente, por estar vigente la prohibición de donaciones entre cónyuges, antiguo art. 1.334—, la construcción del usufructo ganancial y esa trayectoria de bienes que exige el principio de tracto sucesivo»*.

B) *Resolución de 31 de enero de 1979 (R.A. 90)*

a) *Antecedentes*

En este caso, también se trataba de la enajenación de un derecho de usufructo por el cónyuge viudo, pero los hechos varían en alguna medida: en primer lugar, la ganancialidad del usufructo deriva de su adquisición constante matrimonio a costa del caudal común; en segundo lugar, la adquisición se verificó a nombre de uno solo de los cónyuges (la esposa) y con carácter vitalicio.

Fallecido el esposo de la usufructuaria, ésta junto con los nudos propietarios venden el pleno dominio de la finca, operación que pretende acceder al Registro. El Registrador suspende la inscripción de la transmisión del usufructo porque constando inscrito *«como adquisición por precio durante el matrimonio, sin justificación ni alegación alguna sobre su posible carácter privativo, forzosamente tiene que considerarse como de titularidad ganancial, y por tanto, el cónyuge viudo carece de facultades para vender los bienes gananciales mientras no pierdan este carácter por la liquidación de la sociedad y la consiguiente adjudicación»*.

b) *Doctrina*

La DGRN centra su atención, en primer lugar, en las dificultades que plantea el encuadre del usufructo, como derecho vitalicio y personalísimo, en la sociedad de gananciales. Después de reconocer la ausencia de un parecer unánime en la materia y exponer la opinión de un sector doctrinal que defienda la privatividad en todo caso del derecho de usufructo en base a considerarlo como derecho intransmisible, pues los artículos 480 y 498 del Código Civil *«lo único que permiten es la enajenación de su contenido económico»*,

el Centro Directivo afirma que, si bien en el Derecho romano y el actual germano el usufructo es configurado como personalísimo e intransmisibile, no hay base para ello en el Derecho español actual, donde los artículos 480 del Código Civil y 107 de la Ley Hipotecaria admiten la enajenación e hipotecabilidad, respectivamente, del propio derecho de usufructo.

Admitido su carácter enajenable, el reconocimiento de la ganancialidad del usufructo plantea menos problemas. Entiende la resolución que *«en nuestro Derecho puede cohonestarse el carácter vitalicio del usufructo con la sociedad de gananciales, ya que en este caso no queda alterado el contenido del derecho, y por tanto: a) si fallece el cónyuge que adquirió el usufructo, y a cuya vida está unida la existencia de este derecho, quedará extinguido el mismo de acuerdo con el número 1 del artículo 513 del Código Civil y consolidarán los nudo-propietarios el pleno dominio siendo nulo su valor a efectos de liquidación de la sociedad conyugal; b) si el que fallece es el cónyuge del que adquirió el usufructo —como sucede en nuestro caso— este derecho real sigue subsistiendo hasta tanto no fallezca el otro esposo, circunstancia que determinará su extinción»*.

Armonizado así carácter vitalicio del usufructo y ganancialidad, se concluyen dos cosas: primero, no procede el acrecimiento del artículo 521 del Código Civil al no estar constituido el usufructo en favor de varias personas; segundo, al adquirirse el usufructo por una única usufructuaria, con la particularidad de que dicha compra tiene carácter ganancial, se hace *«necesario que a la muerte del otro esposo se requiera o que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique el bien en la forma que estimen todos los interesados, o que al menos consientan los herederos del marido en la transmisión operada»*.

Es comentada por AMORÓS GUARDIÓLA (*RCDI*, 1979, n.º 547, págs. 1531-1540) quien, reconociendo el acierto de la solución ofrecida, *«tanto desde el punto de vista de su construcción doctrinal y de la afirmación del carácter ganancial del usufructo, como de las consecuencias prácticas que de ahí se derivan, para evitar el perjuicio de los herederos del cónyuge premuerto partícipes en la adjudicación de los bienes gananciales»*, abunda en las razones esgrimidas por la Dirección General. Destaca el autor, especialmente, la falta de aplicación al caso tanto del artículo 521 del Código Civil como de la doctrina contenida en la resolución de 10 de julio de 1975. Respecto del artículo 521, porque el precepto *«trata de usufructo constituido en favor de varias personas, no de una que se comunica a otras. Allí la cotitularidad resulta del título constitutivo, de la voluntad de las personas adquirentes; aquí —en el caso planteado—, en cambio, la adquisición negocial se realiza por una sola persona, aunque las consecuencias de esa adquisición se traduzcan*

en una cotitularidad del derecho así adquirido. En un caso la comunidad se adquiere «ex negotio», en el otro «ex lege». Y en cuanto a la resolución anterior de 1975, por ser supuestos distintos, *«allí se trataba de la reserva de usufructo vitalicio conjunto a favor de ambos cónyuges con derecho de acrecer al sobreviviente».*

También CHICO Y ORTIZ (ADC, 1982, págs. 502-510) aplaude la solución brindada por la Dirección General y comenta: *«una cosa es el «derecho personalísimo», pongo por ejemplo el derecho de autor o sobre la propiedad intelectual, y otra el derecho de disfrutar una cosa durante la vida de una persona.... El que el usufructo sea «vitalicio», en el sentido de un derecho que «dura» lo que la vida humana de su titular tenga, no quiere decir que sea personalísimo... El derecho de usufructo es de la sociedad de gananciales, pero se extingue por la muerte del cónyuge titular de la adquisición».*

Rechaza, en cambio, el planteamiento de la Dirección General RODRÍGUEZ LÓPEZ (*Boletín del Colegio de Registradores*, n° 157, 1980, págs. 360-362). En su opinión, el usufructo siempre que merezca la calificación de ganancial no debe quedar sujeto a liquidación, siendo indiferente que se haya constituido en favor de ambos o de uno sólo de ellos. Fundamentalmente, dos órdenes de razones, que contraponen a los argumentos de la DGRN, justifican su posición:

a) En contra de la no aplicación del artículo 521 por no estar constituido a favor de varias personas simultáneamente, manifiesta el autor que *«SÍ el usufructo adquirido es ganancial, y si la sociedad de gananciales, según reiterada jurisprudencia, carece de personalidad independiente y separada de la de los propios cónyuges, no cabe duda de que ha de concluirse que el usufructo es titularidad ganancial de los dos cónyuges, y sin que este dato se altere porque el referido derecho, como temporal que es, tenga señalado un término concreto de vigencia o subsista durante la vida de ambos esposos, de uno solo de ellos o incluso de un extraño. La duración del usufructo no modifica su naturaleza ganancial y su pertenencia, por tanto, a los dos esposos».* Aunque *«en puridad no pueda decirse que el usufructo esté constituido «a favor» de dos personas, ello no es una posición realista, ni mucho menos indiscutible, pues, en nuestro caso, la ley motiva que el derecho que adquiere una persona —casada— ingrese en el patrimonio común de ella y su cónyuge».* En consecuencia, mantiene que el efecto del artículo 521 previsto para el caso de que el usufructo esté constituido *«en provecho»* de varias personas es un dato que no puede negarse en todo usufructo ganancial.

b) La existencia de un pacto de acrecimiento entre los esposos no es, a juicio del autor, el motivo que dispensaría de la liquidación —como pretende la resolución—, sino *«precisamente la naturaleza de derecho temporal, y generalmente vitalicio, atribuible al usufructo, la que ocasiona la dispensa de su adjudicación previa liquidación de la sociedad conyugal, pues a la muerte del usufructuario o se produce la consolidación en la persona del nudo propietario o bien acrece al otro usufructuario»*. La no necesidad de adjudicación en la operaciones liquidatorias encuentra su apoyo, no sólo en el artículo 521, sino en la especial naturaleza del derecho: *«El usufructo es un derecho de adjudicación predeterminada, habida cuenta de su intransmisibilidad mortis causa, el usufructo habrá de ser adjudicado siempre al viudo»*.

C) *Resolución de 15 de abril de 1980 (R.A. 1607)*

a) *Antecedentes*

El marido adquiere, constante matrimonio y a título oneroso, un derecho de usufructo sobre un inmueble, sujeto a la condición suspensiva de sobrevivir a la propietaria y durante el periodo comprendido entre el fallecimiento de ésta como fecha inicial y el fallecimiento del usufructuario como término final. Al no quedar acreditada la procedencia privativa del precio, el eventual derecho de usufructo es inscrito como presuntivamente ganancial.

La cuestión surge cuando, varios años después, pretende acceder al Registro la renuncia, efectuada por el marido por idéntico precio al de compra, al eventual derecho de usufructo que le correspondería en caso de sobrevivir a la propietaria del inmueble. El Registrador suspende la inscripción por *«no acreditarse el consentimiento de la esposa del renunciante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil»* (1).

En un minucioso recurso (2) contra la calificación registral y contra el auto del Presidente de la Audiencia Territorial, el Notario recurrente, VALLET DE GOYTISOLO, rechaza la calificación registral, entre otras razones, por estimar que el carácter personalísimo del usufructo impide que este derecho pueda recibir la calificación de ganancial; así se deriva, en su opinión, del

(1) Conforme a su redacción anterior a la reforma de 1981. El párrafo primero del precepto señalaba: *«El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer, o en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles»*.

(2) Publicado en ADC, 1980, págs. 399-418.

artículo 498 del Código Civil, del cual se deduce que *«el usufructuario no puede desprenderse del aspecto pasivo de su titularidad, que le sigue vinculada, aunque enajene nominalmente su derecho, pero efectivamente tan solo su ejercicio activo»*.

A su juicio, y de acuerdo con un sector doctrinal, *«lo que es ganancial, en su caso, es su contenido patrimonial»*. Por ello —continúa argumentando—, es lógico que se *«exija el consentimiento uxorio para que el marido transmita o grave ese contenido patrimonial, pero no lo sería que lo exigiera para su renuncia, que incluye ambos aspectos activo y pasivo, y que es facultad personalísima del usufructuario, sin perjuicio de que, al liquidarse la sociedad de gananciales, haya de liquidarse la cuantía del contenido patrimonial inherente»*.

b) Doctrina

Confirma la DGRN la postura del Registrador declarando que *«al haber sido adquirido el derecho eventual de usufructo durante el matrimonio y por precio, ha de entenderse que este derecho pasa a formar parte de los bienes que integran la sociedad de gananciales sin que, como declaró la Resolución de 31 de enero de 1979, el carácter personalísimo e intransmisible del usufructo que defiende parte de la doctrina científica sea obstáculo a la consideración de ganancial de este derecho y que, por consiguiente, su enajenación deba regirse por el art. 1413 del C.C.»*

D) Resolución de 21 de enero de 1991 (R.A. 592)

a) Antecedentes

El marido, con el consentimiento de su esposa, hace donación de la nuda propiedad de dos fincas gananciales en favor de su hija, reservándose los cónyuges el usufructo vitalicio conjunto y sucesivo.

Presentada en el Registro la escritura, el Registrador deniega la inscripción en cuanto a la estipulación referida al carácter sucesivo del usufructo que se reservan los donantes, en base a que *«siendo las fincas sobre las que recae la nuda propiedad donada de carácter ganancial, ese mismo carácter ganancial seguirá teniendo el usufructo que, sin más, excluyen de la donación y se lo reservan, por todo lo cual, fallecido uno de los dos donantes, serán de aplicación ineludible los artículos 1.344 y 1.392 a 1.410 del Código Civil»*, relativos al régimen de liquidación de los bienes gananciales. A esta justificación de la denegación de inscripción, añade el funcionario en su informe dos razones más: que el usufructo así constituido, en virtud del cual, a la

muerte de cualquiera de los cónyuges pasará al sobreviviente sin ser objeto de liquidación en la sociedad de gananciales, constituye una donación entre cónyuges *mortis causa* en la que no concurren los requisitos del artículo 620 (3) y, además, se trata de un pacto sucesorio o contrato sobre herencia futura prohibido por el artículo 1271 del Código Civil.

b) Doctrina

Cada una de las tres razones esgrimidas por el Registrador son rebatidas por la Dirección General de la siguiente manera:

1. En cuanto a la exigencia de sujeción del usufructo reservado al régimen de liquidación de la sociedad de gananciales, se dice: «*si el usufructo está constituido como «conjunto» y se agrega, además que es «sucesivo», debe esta cláusula ser entendida en el sentido más adecuado para que produzca efecto y no sea una cláusula simplemente inútil o redundante. Si es conjunto, es ya efecto natural —mientras del título constitutivo no resulte otra cosa— el que muerto uno de los cónyuges, el usufructo persista entero hasta la muerte del último —cfr. artículo 521 y R. 1 de diciembre de 1960 (R. 4054)—. Si ahora se agrega que es sucesivo es porque se quiere algo más según el Registrador, el Notario recurrente y el auto apelado, significa que a pesar de estar constituido por los donantes sobre bienes gananciales, el usufructo pa-*

(3) Interpretado conforme a la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, que establece la necesidad de que se guarden las solemnidades testamentarias en su otorgamiento. Así, en este sentido, SCAEVOLA, *Código Civil*, XI-2.º, Madrid, 1943, pág. 573; ROCA SASTRE en *Estudios de Derecho Privado*, II, págs. 571 y ss.; DE FUENMAYOR CHAMPÍN, «Sobre una revisión de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código Civil», *ADC*, 1951, págs. 1082 y ss.; PARRA JIMÉNEZ, «De nuevo sobre la donación *mortis causa* y el Código Civil», *RCDI*, 1952, págs. 185 y ss.; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, I, Madrid, 1958; PUIG BRUTAU en anotaciones a BOEHMER, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, Barcelona, 1959, págs. 219 y ss.; PORRAS IBÁÑEZ, «Donaciones y disposiciones testamentarias», *RCDI*, 1964, págs. 764 y ss.; CHICO Y ORTIZ y BONILLA ENCINA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, II, Madrid, 1968, pág. 45; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, V, Madrid, 1972, pág. 148; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones j'orales*, VIII-2.º, Madrid, 1986, págs. 53 y ss. y en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1993, págs. 1580-1583; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, págs. 210-211; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, pág. 235; NÚÑEZ IGLESIAS, «La donación de inmueble encubierta como compraventa», *RCDI*, 1991, pág. 1826. En cuanto a la jurisprudencia de los últimos años pueden consultarse las sentencias del TS de 13 de junio de 1994 —R.A. 4812— (comentada por GONZÁLEZ PACANOWSKA, *CCJC*, sep-dic, 1994, n.º 36, ref. 975, págs. 11.35-11.44), 9 de junio de 1995 —R.A. 4912—, 25 de julio de 1996 —R.A. 5572— (comentada por CUENA CASAS, *CCJC*, enero-marzo, 1997, n.º 43, ref. 1157, págs. 109-128, y ALBALADEJO, «Donación *mortis causa*, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1.473 del Código Civil», *RDP*, junio, 1997, págs. 486-510) y 15 de junio de 1997 —R.A. 2889—. También la Dirección General sigue este criterio mayoritario, una de sus más recientes resoluciones en la materia, es la de 6 de marzo de 1997 (R.A. 2033).

sará —en su día— al cónyuge supérstite y quedará excluido de la liquidación de gananciales»; exclusión permitida puesto que «es doctrina reiterada de esta Dirección que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado».

2. También se niega que exista una donación *mortis causa* entre cónyuges, pues ésta requiere «que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona», mientras que en el supuesto hay «intención de producir un desplazamiento actual e irrevocable de derechos aunque se convenga que sólo puedan hacerse efectivos a la muerte del disponente».

3. Finalmente, tampoco «cabe hablar en la hipótesis del caso del contrato sobre herencia futura, pues nada se estipula en relación con llamamientos hereditarios o con el conjunto patrimonial que una persona deje al morir, sino sólo sobre bienes concretos ya existentes».

Esta resolución fue objeto de dos comentarios. Uno, muy breve, firmado de GIMÉNEZ DUART, publicado en el *Boletín Informativo del Colegio Notarial de Barcelona (La Notaría)* en febrero de 1991; otro del profesor RIVERO HERNÁNDEZ, en *CCJC*, 1991, ref. 677, en el que se entra de lleno en algunas de las cuestiones fundamentales que plantea el usufructo en favor de ambos cónyuges, por ello me referiré a él en el ulterior desarrollo de este trabajo. Aunque ambos autores comparten la solución final ofrecida por la DGRN —no necesidad de liquidación del usufructo—, sus puntos de partida y razonamientos son bien diferentes.

El primero de los comentaristas, partiendo del carácter personalísimo del usufructo vitalicio, rechaza que las «ideas de privatividad o ganancialidad» sean predicables del usufructo. En consecuencia, la no inclusión en la liquidación de la masa consorcial no deriva, como entiende la resolución, de una atribución voluntaria de privatividad {ex art. 1.355, *a sensu contrario*}, pues «el usufructo vitalicio conjunto no es ganancial o privativo sino simplemente «común», con un destino predeterminado por la Ley (el acrecimiento ex art. 521 C.CJ que obvia por innecesaria la liquidación del mismo «en cualquiera de los casos», salvo, lógicamente que no sea vitalicio». De igual modo, tampoco el acrecimiento que tiene lugar en favor del cónyuge supérstite deberá ser tenido en cuenta en el cómputo de las legítimas, «puesto que, respecto del premuerto, es un derecho que se ha extinguido». Conclusión que, en su opinión, «es mucho más lógica de lo que a primera vista pudiera parecer, pues el negocio constitutivo del usufructo, en la relación entre cónyuges, es de carácter aleatorio y, por ello mismo, oneroso, no gratuito».

RIVERO HERNÁNDEZ, aborda en el comentario que realiza diversas cuestiones de las que nos interesa destacar, por el momento, dos:

En primer lugar, la crítica que efectúa a la resolución en cuanto a la pretensión de buscar una interpretación del término «sucesivo» en el sentido más adecuado para que produzca efectos. Ambos tipos de usufructo aun cuando, como explica, sean figuras diferentes, se extinguen por la muerte del último usufructuario de los llamados conjunta o sucesivamente —si todos eran personas vivas al tiempo de su constitución—. Por ello, *«la mención del término sucesivo detrás de «conjunto» es perfectamente redundante e inútil, y no añade nada al sentido y alcance que tiene en esa escritura el usufructo conjunto y vitalicio a favor de los cónyuges, aunque se refiera a bienes que eran gananciales al tiempo de otorgarse aquellos actos jurídicos»*. Estamos de acuerdo con el autor, pero, a nuestro juicio, cabe deducir algo más de esa pretensión de interpretar el término «sucesivo» para que no sea una cláusula inútil y redundante: parece derivarse de la argumentación de la Dirección General que si este calificativo del usufructo constituido no acompaña al de «conjunto», este carácter conjunto del usufructo de bienes inmuebles gananciales en favor de ambos cónyuges no excluye, por sí solo, el juego de los preceptos relativos a la liquidación de la sociedad conyugal a la muerte de uno de los consortes.

En segundo lugar, el autor mantiene claramente la no exigencia de inclusión del usufructo en la liquidación, pues en el usufructo conjunto *«la porción usufructuaria que correspondía al fallecido en primer lugar, que reciben los otros cusufructuarios, pasa a éstos en virtud de lo previsto en el título constitutivo y en tanto que usufructo con un régimen legal específico; excluida, por tanto, del régimen sucesorio mortis causa a que esté sujeta la herencia del fallecido. Y ello con independencia de la clase de bienes (privativos o comunes) objeto del usufructo, a cuyo efecto habrá que tomar en consideración no sólo la calificación previa de tales bienes, sino la que pueda resultar del propio acto constitutivo del usufructo, que puede afectarles»*.

E) *Resoluciones de 25 de febrero de 1992 (R.A. 2879)
y 3 de mayo de 1994 (R.A. 4083)*

En estas resoluciones, aunque traten de la constitución de un usufructo en favor de ambos cónyuges, no se aborda propiamente la condición ganancial del usufructo, pues parece faltar esa calificación.

a) Antecedentes

Unos mismos hechos motivan estas dos resoluciones: Una persona dona a su hijo la nuda propiedad de una finca, reservándose el usufructo vitalicio de lo donado y, una vez fallecido *«reserva el usufructo sucesivo para su esposa»*. Consta en el Registro la aceptación del donatario, pero no la de la esposa del donante. Doce años más tarde, el donante pretende cancelar el usufructo declarando que *«renuncia pura y simplemente al usufructo que le corresponde, consolidándose la plena propiedad en la persona de su nudo propietario»*.

El Registrador accede a la cancelación del usufructo que se reservó el donante, pero deniega la cancelación en cuanto al usufructo de la esposa por no constar el consentimiento de la misma.

La primera de las resoluciones, la de 1992, se centra en la cuestión relativa a la necesidad o no de que conste el consentimiento de la esposa para cancelar el usufructo sucesivo constituido en su favor, cuando ésta ni siquiera lo había aceptado, aunque ya advierte la Dirección General que otra cosa será valorar si la voluntad del donante al efectuar la renuncia, en los términos en que se hizo, conlleva también una inequívoca voluntad revocatoria de la reserva de usufructo en favor de su cónyuge; cuestión ésta última que motiva la segunda de las resoluciones.

b) Doctrina

En cuanto a la primera de las cuestiones, la resolución de 1992 revoca la nota de calificación del Registrador y afirma que, aunque en el Registro figuren las cargas o reversiones impuestas por el donante en la donación, éstas sólo serán efectivas si antes de que las revoque el donante son aceptadas por el tercero favorecido, por ello *«ningún obstáculo hay para que accedan al Registro las determinaciones del donante sin contar con la voluntad del tercero, porque del Registro no resulta que este tercero ya haya adquirido derechos y sí resulta, en cambio, que todavía la carga depende de la decisión del donante»*.

Interpuesto un nuevo recurso en orden a valorar si la declaración de voluntad del donante, tal y como se expresó, implicaba una voluntad inequívoca de renunciar no sólo al usufructo constituido en su favor, sino también de revocar el sucesivo establecido en beneficio de su cónyuge, la resolución de 1994 rechaza que ese efecto revocatorio se produzca y, en consecuencia, declara la *«improcedencia de la cancelación pretendida en virtud del solo título calificado»*.

A propósito de la resolución de 1992, comenta AVILA NAVARRO (RJC, 1992 —4—, pág. 1106): «Desaparecida la prohibición de donaciones entre cónyuges, ya no cabe duda de que el vendedor o donante de una finca privativa puede reservarse el usufructo para sí y para su cónyuge o, incluso, para otra persona. Dada la donación que el supuesto envuelve, es necesaria la aceptación del beneficiario, en la misma escritura o en otra, pero siempre en vida del donante; mientras esta aceptación no recaiga, la donación será revocable; y no es que pueda cancelarse, es que no debiera ser inscrita, porque no se trata de una reversión o limitación, siquiera los efectos, que no la perfección, de ésta última donación están pendientes de la consumación del primer usufructo».

F) Resolución de 25 de febrero de 1993 (R.A. 1.362)

a) Antecedentes

Al igual que sucedía en la Resolución de 31 de enero de 1979 se trata de la enajenación de un derecho de usufructo vitalicio por el cónyuge viudo. En este caso, al igual que en aquél, la ganancialidad del usufructo deriva de su adquisición durante la vigencia de la sociedad de gananciales (al mismo tiempo, uno de los hijos adquirió la nuda propiedad) y se presume que fue efectuada a costa del caudal común; ahora bien, a diferencia del supuesto de hecho de la resolución de 1979 en el que el usufructo se constituía a nombre de uno sólo de los cónyuges, aquí la adquisición se efectúa conjuntamente por ambos cónyuges.

Fallecida la esposa, el cónyuge viudo junto con el nudo propietario venden sus respectivos derechos sobre el inmueble a un tercero. La operación pretende acceder al Registro, a lo que se opone el Registrador alegando que «siendo el usufructo de carácter ganancial, su enajenación exige que en la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento de la esposa, se adjudique al esposo enajenante, o que presten su consentimiento a la transmisión los herederos de la esposa».

b) Doctrina

Según la Dirección General, en virtud de la doctrina sentada en la Resolución de 31 de enero de 1979 (alusión que, en nuestra opinión, no es del todo correcta, por ser distintos, como hemos manifestado, los supuestos de hecho), «hay que concluir que un derecho de usufructo adquirido en 1972 conjuntamente por ambos cónyuges a costa del caudal común tiene, conforme al art. 1401-1." Código Civil en la redacción entonces vigente, el carácter de bien

ganancial, sin que importe, según este mismo precepto, en favor de cual de los cónyuges sea hecha la adquisición y, por tanto, ya se haya hecho para la comunidad, ya para uno solo de los esposos o ya, como aquí ocurre, en favor de los dos y a partir de determinado evento, la muerte de uno de ellos, en favor del cónyuge que sobreviva, y sin que a la sazón hubiere sido suficiente ni siquiera la voluntad expresa de ambos cónyuges de substraer el bien a la calificación registral. Hay que concluir, pues, que mientras por vía de liquidación no haya adjudicación del usufructo de gananciales en favor del cónyuge sobreviviente, éste no podrá disponer de tal derecho sin contar con el consentimiento de los herederos del cónyuge premuerto».

De nuevo aparece el rechazo doctrinal, y es que, en verdad, si la cuestión no era clara, con esta argumentación se oscurece totalmente, pues resulta, que si el usufructo merece la calificación de ganancial debe, en todo caso, entrar *in natura* en la liquidación de la masa ganancial, siendo indiferente cómo se haya constituido. La crítica doctrinal se efectúa en los siguientes términos:

GIMÉNEZ DUART (*Boletín Informativo del Colegio Notarial de Barcelona —La Notaría—*, marzo, 1993), afirmando el carácter personal e intransmisible del usufructo en el sentido que ya lo hicieran DE CASTRO y ROCA SASTRE —transmisibilidad del derecho a percibir los frutos, no del usufructo en sí—, rechaza que deba entrar en la liquidación. «¿Acaso se podría adjudicar el usufructo a los herederos del difunto?», se pregunta. En su opinión «el usufructo ganancial es una especie a extinguir a la vista del artículo 1.346-5.^a», que establece la privatividad de los bienes y derechos patrimoniales no transmisibles *inter vivos*.

LAPIEDRA FRÍAS (*Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre, 1993, págs. 194 a 203), centra su crítica en la falta de aplicación del artículo 521 C.C., señalando: «si el usufructo es un derecho personal y vitalicio, su subsistencia exige que persista íntegramente entre los cotitulares sobrevivientes, de tal modo que: 1. Ni se consolide en parte en favor del nudo propietario, pues debe subsistir hasta la muerte del último de los cusufructuarios sobrevivientes. 2. Ni pueda corresponder a los herederos del cotitular fallecido, por ser derecho esencialmente personal. El acrecentamiento respecto de la cotitularidad vacante se producirá tanto si el usufructo es privativo, como si es ganancial; incluso en el caso del cusufructo ganancial con mayor facilidad y claridad».

G) *Resolución de 7 de febrero de 1995 (R.A. 1.330)*

a) *Antecedentes*

Se presenta en el Registro una escritura de «extinción de condominio y extinción de usufructo» referida a varias fincas, respecto de las cuales pertenece el usufructo vitalicio de dos tercios a doña Consuelo y la nuda propiedad de las mismas y el pleno dominio del tercio restante a sus dos hijos, doña Ana Rosa y don José María, por partes iguales, todo ello fue así adquirido por título hereditario.

En la escritura presentada se pacta la cesión por doña Consuelo del usufructo vitalicio que le pertenece en favor de sus dos hijos, a título oneroso y a cambio de renta vitalicia, haciéndose constar que *«su transmisión provoca la extinción por consolidación, al ser los adquirentes los actuales nudo propietarios»*. Comparece en el otorgamiento de la escritura el esposo de doña Ana Rosa, don Julio, pero no la esposa de don José María. Se solicita la inscripción solamente de lo adjudicado a doña Ana Rosa.

El Registrador suspende la inscripción, entre otros, por el siguiente defecto: *«resultando el usufructo adquirido con carácter presuntamente ganancial de la sociedad conyugal formada por la citada señora y su esposo don Julio a título oneroso a cambio de renta vitalicia, no procede la consolidación del pleno dominio en dicha señora doña Ana Rosa»*, y añade en su informe que la mera comparecencia del marido en el acto de otorgamiento no supone la extinción del usufructo con carácter privativo, ya que para obtener tal resultado se debió proceder conforme a los artículos 1.323, 609, 1255 y 1261 del Código Civil.

El Notario, por su parte, argumenta lo siguiente:

— Conforme al artículo 94 del Reglamento Hipotecario el usufructo se inscribiría solamente a nombre del cónyuge adquirente que es a la vez nudo propietario, aun cuando fuese con carácter presuntivamente ganancial, dada la imposibilidad de inscribir a nombre de la sociedad de gananciales que carece de personalidad jurídica.

— A pesar de admitir la ganancialidad del usufructo como viene haciendo la Dirección General, cuestión discutida por la doctrina, ello no debe impedir la extinción por consolidación cuando quien compra es el cónyuge usufructuario, lo contrario supondría dotar *«a la sociedad de gananciales de una personalidad distinta a la de los cónyuges ignorando la relación personal que en el usufructo existe y olvidando como la vocación y destino de los derechos desmembrados del dominio es su extinción, lo que conduce a una interpretación restrictiva»*. Además, la finalidad perseguida por las partes es la extinción del usufructo, *«así lo dicen las partes y confirma la comparecen-*

cia del cónyuge cuya intervención no es a este fin pero que no hubiera prestado su consentimiento de no estar conforme con otra estipulación del mismo documento».

— La extinción del usufructo por contraprestación onerosa debe tener el tratamiento de las mejoras (art. 1.359 C.C.) y, en consecuencia, atribuirle el carácter correspondiente a los bienes a los que afecte.

— El supuesto, aunque distinto, encierra la misma «ratio» que la extinción del condominio con exceso de adjudicación, donde se reconoce que el bien adjudicado será íntegramente privativo sin perjuicio de los reembolsos a que haya lugar.

b) Doctrina

La resolución, tras ofrecer una serie de «*argumentos que militan en favor de la persistencia del derecho de usufructo*», cuales son:

— El principio de subrogación real que de regir la delimitación de las masas ganancial y privativa (arts. 1.346.3 y 1.347.3 C.C.),

— La interpretación estricta de todo precepto excepcional (art. 4.2 C.C.),

— La reiterada admisión por este Centro Directivo de la ganancialidad del derecho de usufructo (Resol. de 31 de enero de 1979 y 15 abril 1980) y,

— Finalmente, la existencia de hipótesis de subsistencia del derecho de usufructo pese a la reunión de este derecho y de la nuda propiedad en la misma persona.

Sin embargo, resuelve el recurso estimando procedente la consolidación, a pesar del carácter privativo de la nuda propiedad y presuntivamente ganancial del usufructo, en base a las siguientes razones:

1. El criterio del ordenamiento jurídico de facilitar la explotación económica de los bienes arbitrando mecanismos de reintegración de las facultades desmembradas en un único sujeto de derecho. Como ejemplos de prevalencia de este criterio sobre el principio de subrogación en el ámbito matrimonial se citan los siguientes artículos del Código: el 1.346-4.º y 8.º, 1.347, 1.352, 1.359 y 1.360.

2. La existencia de supuestos en los que el carácter de la contraprestación no determina la persistencia del derecho real limitativo adquirido por un cónyuge; se alude a la redención de la servidumbre de pastos (art. 603) y a la conmutación del usufructo vidual (art. 839).

3. La similitud de las repercusiones económicas que se derivan para el consorcio conyugal tanto si se adopta como solución la con-

solidación como si se acoge la solución contraria e, incluso, resulta más favorable y beneficiosa la consolidación, *«toda vez que a la ganancialidad de los frutos del bien mientras dura la sociedad habrá de añadirse el derecho de reembolso actualizado al tiempo de la liquidación (vid. artículo 1.358 del Código Civil), y todo ello sin perjuicio del juego corrector del artículo 1.390 del Código Civil, frente a las posibles actuaciones de un cónyuge que persigan un beneficio exclusivo para él o provoquen dolosamente un daño a la sociedad»*.

4. La ausencia de menoscabo para los acreedores de la sociedad, no sólo por la falta de disminución cuantitativa del patrimonio ganancial (la contraprestación ganancial pagada queda sustituida por el crédito del consorcio contra el cónyuge favorecido), sino también por disponer siempre del recurso a la acción revocatoria.

A todos estos razonamientos, que pudiéramos considerar generales, se añaden ciertas circunstancias que concurren en el caso planteado:

— El ser objetivo del negocio realizado la extinción del usufructo y a todo él presta su aquiescencia el cónyuge de la nuda propiedad.

— El hecho de que el cónyuge adquirente era también pleno propietario de una cuota sobre el bien gravado, *«de modo que entre cedente y cesionario existía sino una situación de comunidad «stricto sensu», si una coparticipación en la gestión y disfrute de ese bien (vid. artículos 490 y 392 en relación con el 1522 del Código Civil)»* (4).

(4) Alude aquí la Dirección General a las llamadas «comunidades de disfrute»; denominación que se utiliza para indicar aquellos supuestos en que varios sujetos concurren en el disfrute de un bien, pero no en virtud de titularidades cualitativamente idénticas (como sucede en el usufructo conjunto en favor de varias personas), sino desiguales en cuanto a su naturaleza y contenido. Es la situación contemplada en el artículo 490 del C.C.: *«usufructuario de parte de cosa poseída en común»* que participa en el disfrute junto a los copropietarios; o el supuesto en que el usufructuario tenga derecho a percibir los frutos de parte de la cosa, correspondiendo al propietario el resto de los frutos de la misma cosa. A juicio de algunos autores, esta comunidad de disfrute faculta al usufructuario, en su condición de comunero, para pedir la división de la comunidad. Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el Derecho español*. Madrid, 1954, págs. 130-131; en contra D'ORS y BONET CORREA, «El problema de la división del usufructo», *ADC*, 1952, pág. 86; Puro BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-2.º. Barcelona, 1979, págs. 50 y ss. En la doctrina italiana, es fundamental en este sentido, la aportación de VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, II. Madrid, 1928, obra traducida por ATARD y anotada por CASTÁN TOBEÑAS, págs. 636 y ss. De las referencias legales que se efectúan en la resolución (poniendo en relación los arts. 490, 392 y 1.522), parece admitirse que en estos casos, dada la condición de comuneros de los copartícipes en el disfrute, podrán ejercitar un derecho de adquisición preferente (art. 1.522, retracto legal

— «Que lo que ahora se pretende es poner fin a una situación de desmembración dominical derivada de una partición hereditaria y del juego en ella del usufructo vidual, y que si en su día se hubiese hecho uso del derecho de conmutación del artículo 839 del Código Civil, ni habría surgido esa situación, ni habría surgido cuestión sobre una eventual titularidad ganancial sobre los bienes hereditarios».

El razonamiento y conclusión de la DGRN es de nuevo objeto de crítica, pero desde puntos de partida bien diferentes:

En primer lugar, para GIMÉNEZ DUART (*Boletín del Colegio Notarial de Barcelona, La Notaría*, marzo, 1995, págs. 173-177) la consolidación es lo procedente, pero no porque el punto de partida sea el carácter ganancial de usufructo y haya de realizarse «una construcción absolutamente artificiosa y alambicada para poder llegar a admitir la inscripción de la consolidación», sino porque, como ya anteriormente había mantenido el autor, el derecho de usufructo entra en la órbita del artículo 1.346-5º del C.C. y, en consecuencia, «la nuda propiedad era privativa y el usufructo también lo era, aunque se hubiera adquirido con fondos gananciales».

Muy distinto es el tenor de las restantes críticas a la resolución efectuadas por GÓMEZ GÁLIGO (*Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, nº 62, abril-mayo, 1995, págs. 37-39) y VIDAL FRANCÉS (*RCDI*, nº 630, 1995, págs. 1850 y ss.). Ambos autores coinciden en la no procedencia de consolidación en este caso. En opinión de GÓMEZ GÁLIGO porque no hay «plena identidad en el régimen jurídico de la nuda propiedad (privativa) y del usufructo (presuntivamente ganancial) cuya reunión se pretende», añadiendo que «el argumento de que debe facilitarse la explotación económica de los bienes fomentando la atribución de los bienes a un único sujeto de Derecho no puede ir en contra del régimen jurídico ordinario de los bienes gananciales». Por su parte, VIDAL FRANCÉS abunda en estos argumentos y rebate cada una de las razones alegadas por la Dirección en favor de la consolidación, concluyendo que, si bien «en términos "de lege ferenda" hay una indudable razón económica para que se admita la consolidación de los derechos limitativos con pre-

entre comuneros). No creemos que pueda llegarse a tal conclusión, pues como señala REVERTE NAVARRO, «Pluralidad de titularidades en el usufructo», *RDP*, 1979, pág. 1119, aunque el artículo 490 atribuye al usufructuario de parte de una cosa poseída en común el ejercicio de todos los derechos que correspondan al propietario, hay que tener en cuenta que tal posibilidad queda limitada sólo en cuanto a los «referentes a la administración y percepción de frutos e intereses», entre los cuales no podemos encuadrar este derecho de adquisición preferente».

valencia a la conservación inalterable de los patrimonios familiares», no es posible en virtud de una interpretación «enmendar la plana al legislador y desvirtuar el precepto terminante del 1.347-3 de que son gananciales "los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos"».

H) *Resolución de 8 de julio de 1998 (BOE n.º 178, 27 de julio)*

a) *Antecedentes*

Se presenta en el Registro un mandamiento de embargo sobre una vivienda ganancial perteneciente a don José, viudo. El Registrador deniega la práctica de la anotación preventiva pretendida *«sobre la nuda propiedad de la misma por el defecto insubsanable de aparecer inscrita a nombre de persona distinta del embargado»* y la suspende en relación con el usufructo vitalicio *«por el defecto subsanable de aparecer inscrito a nombre del embargado y su esposa, doña Josefa, para su sociedad de gananciales, y habiendo fallecido dicha señora y, por lo tanto, disuelta su sociedad de gananciales y no habiéndose practicado su liquidación, será necesario para practicar dicha anotación de embargo que la demanda se haya dirigido contra los herederos de dicha señora (art. 144.4 LH)».*

Interpuesto el correspondiente recurso, el recurrente defiende la procedencia de anotar el embargo sobre dicho usufructo en base a que *«el derecho de usufructo del que disfrutaba la fallecida no es susceptible de ser heredado, pues, de acuerdo con el artículo 513 del Código Civil, se extingue cuando fallece su titular y de acuerdo con el artículo 987 del mismo Código, lo que ocurre es que acrece el derecho de usufructo del cónyuge superviviente».* En apoyo de su argumentación cita la Resolución de 10 de julio de 1975 y los artículos 521 y 469 del Código Civil que, sin embargo, sólo menciona.

En su informe, el Registrador, a nuestro juicio acertadamente, señala la falta de aplicación al caso del acrecimiento hereditario contemplado en el artículo 987 del Código pues, previsto para el caso de que varios sean los llamados al usufructo de bienes hereditarios y alguno de ellos no pueda o quiera aceptarlo, en el supuesto controvertido, *«el usufructo ya había sido aceptado por sus titulares, aunque sea por vía de reserva».* En su opinión, tampoco es de aplicación la Resolución de 10 de julio de 1975, por ser distinto el supuesto de hecho; en su lugar, entiende aplicable al caso la doctrina contenida en las Resoluciones de 31 de enero de 1979 y 25 de febrero de 1993 en las que se determina *«claramente que el usufructo ganancial no acrece al sobreviviente, sino que forma parte del caudal relicto por el causante y para su enajenación*

se necesita la intervención de los herederos». Por otro lado, «el usufructo está inscrito, a favor de los esposos, sin que conste inscrito en el Registro la acumulación del usufructo en favor del sobreviviente».

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia revoca la nota del Registrador con fundamento en el artículo 521 del Código Civil, conforme al cual, el usufructo subsiste íntegro en favor del usufructuario supérstite, sin que sea *«posible la transmisión de una cuota usufructuaria inexistente a favor de los herederos del usufructuario fallecido, ni la consolidación de la cuota en la nuda propiedad».*

El Registrador, en su apelación al auto presidencial, ofrece una nueva interpretación, creemos, puesto que no lo menciona, del artículo 521: el usufructo constituido por vía de reserva al enajenarse la nuda propiedad de un bien ganancial, *«tiene la particularidad de que su plazo de duración es hasta el fallecimiento del último de los transmitentes, de tal forma que, fallecido uno de ellos, el usufructo subsiste íntegro y pasará a formar parte del patrimonio ganancial sujeto a liquidación».*

b) Doctrina

Confirma la Dirección General la nota del Registrador, pero precisa: *«en el presente supuesto, no se trata de un usufructo constituido en favor de dos personas para su disfrute simultáneo y sucesivo, sino de un bien ganancial en que se enajena la nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo, sin modalizarse con ningún pacto especial»,* en consecuencia, *«al tratarse de un usufructo ganancial, extinguida tal comunidad, es necesario, bien que la demanda se dirija contra el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, bien que el embargo se contraiga a la cuota que a aquél corresponde en el consorcio conyugal en liquidación, embargo que se anotará sobre dicho usufructo en los términos previstos en el artículo 166.1 del Reglamento Hipotecario».*

No tenemos constancia de que esta resolución haya merecido, por el momento, algún comentario. En nuestra opinión, la presente resolución complica aún más la cuestión. Si no es un usufructo en favor de varias personas —al menos, eso señala la Dirección General— y, por tanto, no sería de aplicación el art. 521, ni tampoco nos consta que se haya constituido por la vida del cónyuge viudo, ni hay pacto alguno en virtud del cual se establezca la subsistencia del derecho hasta la muerte del último cónyuge que sobreviva, ¿en base a qué subsiste íntegro en la masa ganancial en liquidación? Desde luego, ninguna duda ofrecería la solución ofrecida si fuera un usu-

fructo vitalicio en favor de don José, al menos desde el punto de vista manifestado por el Centro Directivo en otras ocasiones (Resol, de 31 de enero de 1979). Realmente, se produce el efecto previsto en el artículo 521, no extinción del usufructo pero, no porque se de el presupuesto de hecho del precepto, usufructo constituido en favor de varias personas (usufructo conjunto), sino porque, al menos eso parece deducirse, la condición ganancial de este derecho implica la permanencia del mismo hasta la muerte del cónyuge supérstite, y ello, sin perjuicio de su inclusión en la masa ganancial en liquidación. Esto último es lo que TIRSO CARRETERO, al comentar la Resolución de 10 de julio de 1975, llama «*Usufructo ganancial*».

En realidad, a nuestro modo de ver, el problema que resulta de la resolución, y que abordaremos más adelante, es la determinación de cuál sea la vigencia temporal del usufructo constituido de forma *implícita*, es decir, sin manifestación expresa del derecho que se retiene, cuando se enajena la nuda propiedad de un bien ganancial o, en otros términos, quién queda como usufructuario, de cuya vida depende la vigencia del derecho: ¿ambos cónyuges o sólo el cónyuge que concurre al acto de disposición?

2. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Como es sabido, ha sido la Dirección General de los Registros y del Notariado una de las más fervientes defensoras, tanto antes como después de la reforma de 1981, de la configuración de la sociedad de gananciales como comunidad germánica, llevando hasta sus últimas consecuencias esta concepción, de manera que no sólo se reconoce la existencia de una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad para pedir la división mientras está vigente el régimen, sino que como hace notar BENAVENTE MOREDA (5), *la cotitularidad se extiende a cada uno de los elementos patrimoniales que constituyen el haber ganancial*, respecto de los que se niega la existencia de cuotas concretas.

En relación con esta cuestión, puede concluirse, a la yista de los distintos pronunciamientos, la dificultad de mantener esta posición respecto del derecho de usufructo de condición ganancial, especialmente, si el mismo aparece constituido en favor de uno sólo de los cónyuges. Ello, ha dado lugar a que

(5) Vid., el análisis que realiza la autora de las distintas resoluciones y tendencias mantenidas por la DGRN desde antes de la promulgación del C.C. hasta el momento actual en *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993, págs. 62 y ss., 115 y ss. y 483 y ss.

los sucesivos pronunciamientos que se han producido desde 1975, no sigan una línea clara y uniforme, no sólo en orden a las consecuencias que se hacen derivar de la ganancialidad del usufructo, sino respecto del sentido y alcance que haya de darse a la comunicación ganancial de este derecho:

- En algunas resoluciones la Dirección General no puede desconocer el hecho de que constituido el usufructo en favor de uno sólo de los cónyuges, aun cuando merezca la calificación de ganancial, el otro cónyuge no queda investido de la condición de cusufructuario. Lo cual, a nuestro parecer, queda patente en resoluciones como la de 31 de enero de 1979.
- De alguna otra, en concreto la de 25 de enero de 1993, parece resultar que el carácter ganancial convierte en cusufructuarios a los cónyuges, siendo indiferente que el derecho haya sido adquirido por cualquiera de ellos o por ambos conjunta o sucesivamente. Se identifica, en definitiva, cotitularidad y ganancialidad.
- Y, finalmente, en la Resolución de 7 de febrero de 1995, se desconoce totalmente la doctrina del Centro respecto a la cotitularidad mancomunada que recae sobre los bienes calificados como gananciales, admitiendo la consolidación del usufructo de naturaleza ganancial con la nuda propiedad privativa de uno de los cónyuges.

Lo mismo, como señalábamos, puede observarse respecto a los efectos que se hacen derivar del carácter ganancial. Se aborda en la mayoría de ellas, con ocasión de la enajenación del derecho, la cuestión relativa a la liquidación del usufructo una vez producida la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges. Pues bien, si el mismo está constituido en favor de ambos cónyuges no está del todo claro el criterio mantenido:

- Según la Resolución de 10 de julio de 1975, a la muerte de uno de los cónyuges, opera el acrecimiento *ex* artículo 521 en favor del supérstite, quedando excluido el derecho de la liquidación.
- Este mismo resultado (no inclusión en la masa ganancial en liquidación) se hace depender en la Resolución de 21 de enero de 1991, no del carácter conjunto del usufructo, sino de una voluntaria atribución de privatividad (art. 1.355, *a sensu contrario*) deducida del carácter «sucesivo» que se otorga al usufructo constituido conjuntamente en favor de ambos cónyuges, o bien, como resulta de la 8 de julio de 1998, de un pacto especial.
- Y, finalmente, la Resolución de 23 de febrero de 1993, desconoce totalmente esta consecuencia que se hace derivar del usufructo adquirido conjuntamente por ambos cónyuges, pronunciándose en favor de su entrada *in natura* en la liquidación.

III. ADSCRIPCIÓN INICIAL DEL USUFRUCTO AL PATRIMONIO PRIVATIVO O GANANCIAL

No es necesario extenderse demasiado acerca de las consecuencias que, desde el punto de vista del régimen legal de la sociedad de gananciales, supone la calificación de un bien como ganancial o privativo de alguno de los cónyuges. La vigencia entre éstos de tal régimen económico matrimonial implica la sujeción de unos determinados bienes, los gananciales, a un especial sistema de administración, disposición y responsabilidad, no siendo indiferente, pues, su calificación conforme a las determinaciones legales contenidas en los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil.

El usufructo, como derecho real que atribuye a su titular las más amplias facultades de uso y disfrute en cosa ajena, representa el ingreso en el patrimonio de su titular de un bien susceptible de valoración económica y, al menos inicialmente, con aptitud para ingresar, bien en el patrimonio privativo, bien en el ganancial. Las diferentes vías de acceso a cada una de estas masas patrimoniales es lo que nos proponemos analizar a continuación. En este sentido, como hemos tenido oportunidad de comprobar, los pronunciamientos de la DGRN, si bien no pueden citarse como ejemplo de coherencia y claridad en orden a las relaciones entre usufructo y sociedad de gananciales, en un aspecto aparecen sin contradicción, la afirmación del carácter ganancial del usufructo, cuando éste merezca tal calificación conforme al articulado del Código Civil.

En principio, el ingreso del usufructo en uno u otro patrimonio resultará de la conjunción de los preceptos que delimitan su composición y las modalidades de constitución del derecho de usufructo.

Según el artículo 468 del Código, «*El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos Ínter vivos o en última voluntad, y por prescripción*». No tiene interés, a los efectos aquí estudiados, la constitución por ley, reducida en nuestros días al usufructo previsto como legítima en favor del cónyuge viudo (arts. 807-3.º y 834 a 840 C.C.). La adquisición del usufructo por prescripción adquisitiva no es, ciertamente, una de las modalidades mas usuales de constitución de este derecho (6); no obstante, de producirse, la cuestión de la calificación del usufructo así adquirido suscitará las mismas dudas que, en general,

(6) Señala LACRUZ {*Elementos de Derecho civil*, III-2.º. Barcelona 1991, pág. 20) que «*como es inusual que el poseedor "ad usucapionem" posea como usufructuario y no en concepto de propietario, la (infrecuente) adquisición de usufructo por usucapion será casi siempre ordinaria (con buena fe y justo título): es decir, cuando la posesión de buena fe y el tiempo sanen la ineficacia del título válido (justo ex art. 1.952 C.C.) de constitución de ese derecho (por no ser dueño el transferente o no tenga el goce de la cosa o no esté legitimado para transmitirla)*».

plantea este modo de adquirir en el régimen legal de la sociedad de gananciales (7).

En nuestro intento de ofrecer un cuadro general de adscripción del usufructo a una u otra categoría de bienes en el régimen económico matrimonial de gananciales nos interesa particularmente, por su frecuencia, la llamada constitución voluntaria del usufructo.

El usufructo de origen voluntario puede deber su nacimiento a un acto *mortis causa*, siempre testamentario en el Derecho civil común, o a un acto *inter vivos*, a título oneroso o gratuito. En este último supuesto, suele distinguirse entre una constitución *directa*, por vía de enajenación, o *indirecta*, por vía reserva. La constitución por enajenación supone que el propietario se desprende del usufructo a título oneroso (compraventa, permuta, adjudicación en pago...) o a título gratuito (donación), quedando como nudo propietario o

(7) Se suele indicar al respecto, que lo adquirido por usucapión, entra en el concepto del art. 1.347-1.º de adquisición debida a la «*industria de cualquiera de los cónyuges*», siempre que la posesión se hubiere iniciado «*constante matrimonio sin una causa que justifique la posesión exclusiva de un solo cónyuge*». En este sentido se expresan, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV-1.º, Barcelona. 1990, pág. 398 y DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-2.º, dir. por ALBALADEJO. Madrid, 1984, pág. 117. En contra, VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*. Madrid, 1982, pág. 229. DE LOS MOZOS (op. cit., págs. 134-136) precisa algo más la cuestión, distinguiendo entre usucapión ordinaria y extraordinaria. En la usucapión ordinaria, no es sólo el momento de inicio de la posesión *ad usucapionem* el elemento a tener en cuenta, sino también los datos que se derivan de la necesaria existencia del título. Esto permite distinguir, respecto de la usucapión iniciada después del comienzo de la sociedad, el supuesto en el que «*el título no se halle diferenciado en favor de ninguno de los dos cónyuges, en cuyo caso, consumada, aún después de la disolución de la comunidad, la adquisición será ganancial*», de aquél en que el título aparece diferenciado en favor de cualquiera de los cónyuges, en tal caso puesto que «*se trata de la posesión en concepto de dueño que uno de los cónyuges ha podido adquirir separadamente (art. 1.346-3), la adquisición será privativa. Todo lo cual se halla de acuerdo, por otra parte, con las exigencias que acompañan a la buena fe y al título ad usucapiendi (art. 1.950 y ss.)*». A no ser que haya que aplicar el artículo 1.347,3, por imperativo de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361». RAMS ALBESA {*La sociedad de gananciales*. Madrid, 1992, pág. 118} citando a LACRUZ señala «*en el caso de ... un inmueble cuya usucapión haya comenzado constante matrimonio, no hay un problema específico; tanto si la usucapión se consuma viviendo los cónyuges como si se acaba ya disuelto el consorcio, la finca será o no partible, según el título por el que se reputa adquirida la posesión*», es decir, el título opera aquí como en cualquiera otra adquisición: si lucrativo o con dineros propios será privativa, si oneroso o derivativo, será ganancial». En cuanto a la usucapión extraordinaria, frente a quienes entienden que si la posesión en concepto de dueño por uno de los cónyuges se inició antes del matrimonio, aun cuando se consume después, el bien adquirido será privativo (vid. LACRUZ, op. et loc. ult. cit.), DE LOS MOZOS, acogiendo las opiniones de MANRESA Y SAPENA, considera que, tanto el caso de iniciarse la posesión antes como después del comienzo de la sociedad, la adquisición consumada será ganancial, pues al ser la posesión un mero hecho, falta todo derecho en exclusiva; «*lo más importante no es la preexistencia del título, sino la consumación del tiempo, lo que se mantiene por la "industria" de uno, o de los dos cónyuges*».

cediendo esta posición a otra persona (art. 640 C.C.). La constitución por vía de reserva, sin duda, mucho más frecuente en la realidad, se produce cuando el propietario dispone de la nuda propiedad (a título oneroso o lucrativo) reteniendo el usufructo en su favor (8); figura admitida en nuestro Derecho que, si bien no es objeto de una regulación sistemática, se encuentra aludida en diversos preceptos del Código Civil (arts. 492 y 634 C.C.). Como indica ROCA SASTRE (9), esta reserva puede ser *explícita*, cuando el disponente manifiesta expresamente que retiene el usufructo en su favor o en el de otra persona, o *implícita*, cuando sin expresión formal, la reserva se produce automáticamente de la simple enajenación de la nuda propiedad.

Normalmente, el usufructo se constituirá personalmente, esto es, a favor de uno o de otro cónyuge, e incluso, con relativa frecuencia, en favor de ambos. Esta última posibilidad está sancionada por el artículo 469 del Código, cuando previene que el usufructo pueda constituirse «a favor de una o varias personas». Como el propio precepto señala, la pluralidad de sujetos en la titularidad del usufructo puede organizarse, bien de manera simultánea lo que exige «*identidad cualitativa en las titularidades; es decir, con el mismo contenido jurídico, para que quienes sean los llamados tengan derechos y obligaciones cualitativamente iguales*» y unidad de objeto sobre el que recae el derecho, se habla en tal caso de cusufructo o usufructo conjunto (10); bien de manera sucesiva, «*sin que pueda hablarse en tal caso de cusufructo, porque el primer titular absorbe por completo el contenido del usufructo*» (11). En el cusufructo hay «*un solo usufructo, aunque tenga varios titulares anteriores*». En el sucesivo, «*hay tantos usufructos (conexos*

(8) De tipo mixto de constitución, entre la enajenación y la reserva, calificaba ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, II. Madrid, 1954, pág. 718), el supuesto en que el disponente reserva para sí el usufructo y, a su muerte, en favor de un tercero, en el que «*de momento sólo hay retención o reserva de usufructo, pero al morir el disponente se produce verdadera constitución*» (Cfr. la última edición de la obra, ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, V. Barcelona, 1997, pág. 454).

(9) *Derecho Hipotecario*, II, *cit.*, pág. 718 (Cfr. última edición, donde no se adopta expresamente esta terminología, *Derecho Hipotecario*, V, *cit.*, págs. 453-454).

(10) Vid. REVERTE NAVARRO, «Pluralidad de titularidades en el usufructo», *cit.*, pág. 1116; cusufructo cuya disciplina, a falta de preceptos específicos, se suele remitir al régimen de la comunidad ordinaria o por cuotas, sin «*perder de vista las especialidades que presenta el derecho de usufructo como tal, lo que obliga a considerar no sólo el título de constitución y la situación interna que se genera entre los usufructuarios, sino también la posición de éstos respecto del nudo propietario*» (pág. 1117). Cfr. la configuración que del cusufructo realiza RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades. La comunidad de usufructuarios y el usufructo de cónyuges», *RCDI*, n.º 535, 1979, págs. 1293-1304. En opinión de este último autor, en el cusufructo no hay una comunidad por cuotas indivisas, sino una cotitularidad en la que puede apreciarse la conjunción o solidaridad; en consecuencia, ningún cusufructuario puede, por sí solo, transmitir su cuota, dado que tal cuota no existe, ni subrogar a un tercero en su lugar.

(11) REVERTE NAVARRO, *op. et loc. cit.*

por razón de la cosa y el derecho) como personas, que suceden en la titularidad y goce del derecho, y un solo usufructo en cada momento. Es decir, el derecho de cada usufructuario sucesivo se extingue con su muerte, al tiempo que nace un derecho nuevo y usufructo diferente para el grado y llamado siguiente» (12).

En ambos supuestos de usufructo múltiple, cuando el derecho lo sea en favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución, el artículo 521 prevé un efecto especial en cuanto a su extinción: «no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere»; precepto que, referido al cusufructo e interpretado comúnmente en el sentido de que la parte o cuota de los usufructuarios que vayan faltando (por muerte o renuncia posterior a la adquisición, prescripción...) aumenta o acrece a los demás cusufructuarios, se entiende aplicable también al usufructo sucesivo (13). En virtud del precepto, en

(12) Así, RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario a la resolución DGRN de 21 de enero de 1991*, cit., pág. 381, quien hace notar que, en este caso, no hay «una sucesión en el derecho de usufructo, sino en el disfrute de los bienes usufructuados, de forma que no se consolida este derecho in re aliena con la nuda propiedad hasta que se extinga el usufructo del último titular sucesivo». Coinciden en esta apreciación, REVERTE NAVARRO, op. cit., pág. 1127, MARTÍNEZ CALCERRADA, «El usufructo ex testamentis en su regulación positiva», *RDN*, 1968, págs 350 y ss.; MORENO QUESADA, *Comentario del Código Civil*. Art. 521. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993. Por ello, indica ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (*Curso de Derechos reales*, II. Madrid, 1987, pág. 28), «los sucesivos usufructuarios pueden desconocer los actos y gravámenes de los anteriores que han de ser necesariamente temporales». En este sentido, la sentencia del TS de 26 de abril de 1954 (R.A. 974) declara resuelto el contrato de arrendamiento celebrado por el primer usufructuario, pues si se entendiese que los ulteriores beneficiarios entran en el disfrute de los bienes «por transmisión del usufructo primitivo a los posteriores, se daría lugar a que los usufructos sucesivos, como el actual, pudiesen quedar gravados por los convenios pactados por los anteriores titulares en forma no prevista ni deseada por el constituyente». En realidad, como indica MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES («El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo», en *Estudios de Derecho Privado*, II. Madrid, 1965, págs. 529-530), la doctrina que se ocupa de la materia, a partir de la obra de VENEZIAN, distingue dos modalidades: «el usufructo sucesivo propio, equivalente a una sustitución fideicomisaria en el usufructo, en el sentido de que se trata de un único usufructo al que están llamadas sucesivamente varias personas, cada una de las cuales, empero, sucede al causante, sin traer, por tanto, su derecho del anteriormente ¡llamado; y el usufructo sucesivo impropio o progresivo, en el que se trata de una serie de usufructos independientes ordenados en favor de personas distintas, pero atribuidos sucesivamente, es decir, de forma que cada uno nazca al extinguirse el anterior, en el claro entendimiento de que también aquí todos los llamados suceden al causante, aunque se trate de una sucesión en derechos de usufructo diferentes que tienen, empero, un contenido análogo» (vid. también, DORAL GARCÍA DE PAZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, VII-1." Madrid, 1992, págs. 581-582; GUTIÉRREZ JEREZ, *El legado de usufructo en el Derecho civil común*. Valencia, 1999, págs. 277 y ss.).

(13) En opinión de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, vid., al respecto la sentencia del TS de 26 de abril de 1954 (R.A. 974) y 24 de abril de 1976 (R.A. 1924). En contra, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Usufructo sucesivo de cónyuges y cusufructo», *RDN*, enero-marzo, 1967, pág. 78.

estos supuestos de usufructo múltiple no se producirá la consolidación con la nuda propiedad hasta que falten todos los conjunta o sucesivamente designados usufructuarios. A este efecto se le suele llamar acrecimiento *impropio, sucesivo o «ex post factum»* pues, como indica ALBALADEJO, «*queda claro que no es figura como la del acrecimiento genuino, que consiste, no en aumento de la cuota de usufructo «que ya se tiene» (aumento procedente de recibir la cuota de otro usufructuario que cesa de serlo), sino en aumento de la cuota de usufructo a la «que se es llamado»*» (14).

Pues bien, atendiendo a estas formas de constitución voluntaria, nos interesa particularmente el usufructo constituido durante la vigencia de la sociedad de gananciales, pues su establecimiento anterior no planteará ninguna duda de calificación, siendo de inequívoco carácter privativo (art. 1-346-1 C.C.) y, además, resultándonos, en principio, indiferente a los efectos ahora contemplados, que se haya establecido en favor de cualquiera de los cónyuges o de ambos, sea de forma simultánea o sucesiva, pues no es la *titularidad* un criterio que prejuzge el carácter ganancial o privativo de un derecho (15). En principio, por tanto, habrá que atender a las determinaciones legales contenidas en los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil, sin que el número segundo del artículo 1.347 pueda «*inducir a duda, pues, aunque califique de gananciales todos los frutos de los bienes privativos como gananciales, esta*

(14) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIII-2." Madrid, 1981, págs. 377-378. Sobre la cuestión, vid. *infra*, nota 20.

(15) Aunque la utilización del término «titularidad» debe hacerse con las debidas precauciones, dada la diferente significación que, en materia de sociedad de gananciales, cada autor realiza. Así, por ejemplo, DE LA CÁMARA ALVAREZ («Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio», en *Homenaje a Vallet*, II. Madrid, 1988, pág. 120), señala: «*la regla general, es que que la titularidad de un bien pertenece, al menos prima facie, al que figura como adquirente en el acto dispositivo. Mas esta regla general aparece desplazada en sede de gananciales por el principio de subrogación real, según el cual se hacen comunes los bienes adquiridos a expensas de bienes comunes. Así lo dice explícita y terminantemente, el artículo 1.347-3.*» del Código Civil a cuyo tenor son bienes gananciales «*los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos*» y, más adelante, afirma que en la propiedad y en los derechos reales de goce «*la titularidad no viene determinada por el hecho de que sea uno u otro de los cónyuges el que aparezca como parte en el negocio adquisitivo*» (pág. 195); por el contrario, BLANQUER («Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 1981, pág. 23) lo emplea en su acepción puramente formal, «*en cuanto cualidad determinada por el título de adquisición*». Nosotros, a efectos de lo ahora reseñado en el texto, nos referimos a *titularidad* como atribución formal del derecho a una persona, con independencia de que, por su condición ganancial, el bien esté adscrito a una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges. En este sentido, con alcance analítico, algunos autores hablan de *titularidad formal* y *titularidad material* (Vid. GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales por un sólo cónyuge (Ensayo contra el artículo 1.322)», *AAMN*, XXVIII, 1987, pág. 260); CADARSO PALAU, *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid, 1993, págs. 104 y ss. y 129-132).

regla no se refiere al derecho real de usufructo, sino a los frutos concretos obtenidos de los bienes sobre lo que recae este derecho» (16).

1. POR EL TÍTULO ONEROSO O GRATUITO DE LA ADQUISICIÓN

En la constitución del usufructo por vía de enajenación, el carácter oneroso o gratuito del negocio en que tiene su origen será decisivo en la calificación del derecho.

La adquisición gratuita del usufructo, mucho más frecuente en la realidad que la producida a título oneroso, por cualquiera de los cónyuges, no suscita dudas en cuanto a su privatividad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.346.2°. En principio, pues, se haya constituido el usufructo en favor de cualquiera de los cónyuges o de ambos tendrá carácter privativo (17).

No obstante, si la constitución lo es en favor de ambos cónyuges, con carácter simultáneo o conjunto, no sucesivo, interfiere lo previsto en el artículo 1.353, según el cual, *«los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario»* (usufructo conjunto ganancial) (18).

Del mismo modo, si el título es la donación, hay que tener en cuenta la previsión del artículo 637: *«Cuando la donación hubiese sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa. Se exceptúa de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiere dispuesto lo contrario»*.

(16) Así, GINER GARGALLO, «Donación de una finca por el titular registral a su hijo, reservándose el donante el usufructo para sí y para su esposa», *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 24, pág. 911.

(17) Así se entendía antes de la reforma de 1981 por la generalidad de la doctrina, vid. GARCÍA BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, págs. 77 y 92, y CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, II, *cit.*, págs. 19 y 21.

(18) Se aparta con ello el Código del criterio sustentado anteriormente en favor de la privatividad. En concreto, conforme al antiguo artículo 1.398, *«los bienes donados o dejados en testamento a los esposos, conjuntamente y con designación de partes determinadas, pertenecerán como dote a la mujer y al marido como capital, en la proporción determinada por el donante o testador, y a falta de designación, por mitad, salvo lo dispuesto en el artículo 637»*. Al estudiar el actual art. 1.353, la doctrina centra su atención en la interpretación del requisito consistente en que la atribución se realice *«sin especial designación de partes»* y, en concreto, si las expresiones *«por mitad»* o *«por partes iguales»* excluyen la condición ganancial de los bienes así adquiridos. Da buena cuenta del estado de la cuestión, PRETEL SERRANO, *Comentario del Código Civil*. Art. 1.353. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, págs. 661-662.

La coordinación de estos preceptos es comúnmente entendida de la siguiente manera: si uno de los cónyuges renuncia o no acepta la donación, el aceptante único, puesto que desde ese momento ya no es posible revocar la donación, ni siquiera respecto del no aceptante, adquirirá el bien como privativo, en base a la aplicación del artículo 637 (19), que prevé un acrecimiento «propio» o inicial, basado en la conjunción o solidaridad del llamamiento y producido por la existencia de una vacante, a diferencia del llamado acrecimiento «impropio» o posterior del artículo 521 (20), que como sabemos prevé

(19) Así ECHEVARRÍA EHHEVARRÍA, «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias», *RDN*, n.º 116, 1982, pág. 19; y CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales», *RDN*, 1983, pág. 27; MARTÍNEZ SANCHE, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», *AAMN*, XXVI, 1985, pág. 387; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 177-178; GIMENEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales...», *cit.*, págs. 304 y ss.; PRETEL SERRANO, *Comentario...*, *cit.*, pág. 663 matiza que si bien el donante no podrá revocar la donación desde que recae la aceptación de uno de los esposos, «*sí podrá revocar el concepto en virtud del cual la ha hecho, de tal manera que pase a ser el bien privativo íntegramente del donatario aceptante, quedando impedido el otro consorte de manifestar su aceptación*». En contra, TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II. Madrid, 1984, págs. 1625, para quien la falta de aceptación de uno de los cónyuges determinará la ineficacia de la donación, al frustrarse la voluntad presunta del disponente dirigida a otorgar carácter ganancial a la liberalidad. Por su parte, DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales y el registro de la propiedad», *ADC*, 1986, págs. 375-376, señala que, ante la falta de aceptación de uno de los cónyuges, el funcionamiento del juego del derecho de acrecer o la ineficacia de la liberalidad, estarán en función de la interpretación de la voluntad del donante o testador. En la donación, «*el donante puede por sí mismo despejar la incógnita. Pero es igualmente obvio que esa posibilidad no existe si se trata de una liberalidad testamentaria. La solución habrá de venir por vía convencional (así, el cónyuge aceptante y los herederos del testador resuelven que la liberalidad quede sin efecto o, por el contrario, que la haga suya por entero o en parte, el cónyuge que acepto) o por vía judicial, si no hay acuerdo*».

(20) Ambas modalidades de acrecimiento son, en palabras de LUCINI CASALES («*El derecho de acrecer en los negocios jurídicos Inter vivos*». *Estudios en homenaje al prof. Federico De Castro*, II. Madrid, 1976, págs. 246-249 y 253 y ss.), «*fenómenos distintos que tienen en común, aparte del nombre, la identidad de resultado económico, consistente en la incrementación objetiva de las participaciones o cuotas de algunos de los interesados, como consecuencia del vacío de titularidad provocado por el fallo (muerte, renuncia, etc.) de otro u otros*». El acrecimiento propio es el sucesorio y «*presupone un patrimonio o derecho en una situación dinámica o de tránsito, esto es, en una situación no plenamente consolidada, antes bien, caracterizada por el llamamiento solidario a favor de varios sujetos, alguno de los cuales no quiere o no puede atender el llamamiento, en cuyo caso se produce el vacío de titularidad que el ordenamiento jurídico resuelve con el efecto expansivo del acrecimiento*». El impropio (además del previsto en el artículo 521 en cuanto al usufructo, destaca el supuesto de renuncia a su cuota por el comunero del art. 395) se produce «*en situaciones estáticas de cotitularidad, es decir, en supuestos en los que el patrimonio o derecho no está en tránsito a través de una llamamiento conjunto o solidario, sino que se halla en una situación adquirida y consolidada de comunidad o cotitularidad. En tales supuestos, cabe la posibilidad de que uno de los cotitulares pierda su participación en la cotitularidad por causas que nada tengan que*

ver ya con el posible (pero no necesario) llamamiento conjunto o solidario que pudo determinar en su día la situación de cotitularidad... Pues bien, en tales supuestos, al producirse ex post factum, el vacío de titularidad, la norma ha de proveer también para llenar tal vacío, y su disyuntiva radica entonces entre dar expansión a las titularidades de los cotitulares subsistentes o dar tratamiento de cosa aislada a la participación perdida por su titular, marcándola el destino que corresponda por razón de la causa de la pérdida... La norma podrá optar por uno u otro criterio, pero conviene destacar que si opta por el primero (expansión) no lo hace ni lo puede hacer ya por razón del hipotético llamamiento conjunto o solidario, porque aparte de que tal situación pudo nacer sin llamamiento conjunto o solidario alguno, se da la circunstancia de que este presunto llamamiento, de haber existido, quedó ya extinguido.... ». Pues bien, como indica el autor más adelante (pág. 254), «el fenómeno acrecitivo que prevé el artículo 637 —se refiere— a la primera de las manifestaciones o vertientes indicadas, esto es, al llamado acrecimiento propio o dinámico, cuya naturaleza y operatividad es absolutamente idéntica al acrecimiento producido en la sucesión mortis causa ex arts. 981 a 987 del Código Civil». En el mismo sentido, MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, V. Madrid, 1921, págs. 145-146; ROCA SASTRE, «El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho sucesorio y fuera de él», en *Estudios de Derecho Privado*, II. Madrid, 1948, pág. 251; BELTRÁN DE HEREDIA, *El derecho de acrecer*. Madrid, 1956, págs. 170-171; DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales...», cit., pág. 374, nota 60; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VIII-2.^o, cit., pág. 237. No es enteramente coincidente con la expresada en el texto la interpretación, que de los artículos 637 y 521, ofrece RODRÍGUEZ LÓPEZ («Algunas cuestiones sobre el acrecimiento...», cit., págs. 1271-1273 y, especialmente, 1290-1292), para quien «la donación conjunta de usufructo se perfecciona con la aceptación formulada por uno sólo de los donatarios. Desde tal momento, el usufructo ha de considerarse constituido (aunque su extensión no esté definitivamente perfilada), y por ello la aplicación del artículo 521 será indudable. En cuanto que cualquiera de los llamados acepta la donación..., el lugar de los repudiantes o fallecidos (con anterioridad o posterioridad a aquella aceptación) será absorbido por el aceptante». Esto lo justifica el autor en la vocación conjunta o solidaria al derecho que requiere también el artículo 521: «siendo la vocación al todo del derecho (conjunta), la primera aceptación viene a convertir en irrevocable la oferta del donante al aceptarse justamente aquello que se ofreció». También puede verse sobre las diferencias entre el acrecimiento sucesorio o propio y el efecto previsto en el artículo 521: D'ORS y BONET CORREA, «El problema de la división del usufructo», cit., págs. 117-121; BELTRÁN DE HEREDIA, *El derecho de acrecer*, cit., págs. 156-162 y 172-175; ROCA SASTRE, *El llamado derecho de acrecer...*, cit., pág. 252; MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, *El usufructo testamentario...*, cit., págs. 535 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-2.^o, Barcelona, 1963, págs. 352-354; REVERTE NAVARRO, op. cit., págs. 1121-1122. Ahora bien, aunque es común reconocer que el efecto acrecentador previsto en el artículo 521 no se corresponde con el derecho de acrecer en sentido estricto (vid. ALBALADEJO, *Comentarios...*, XIII-2.^o, cit., págs. 377-378; MORENO QUESADA, *Comentario del Código Civil*, cit., pág.; DORAL, *Comentarios al Código Civil...*, cit., págs. 574 y ss.), las razones que, a juicio de los autores, lo justifican difieren, dependiendo de la naturaleza que se otorgue al derecho de usufructo y a la cotitularidad sobre el mismo: D'ORS y BONET CORREA {op. et loc. cit.}: es la indivisibilidad del usufructo lo que impide su extinción parcial y consolidación con la nuda propiedad. «El usufructo que se lega a dos es un único e indivisible usufructo; en tanto viva uno de los dos usufructuarios, el derecho se mantiene íntegro» (Opinión seguida por NÚÑEZ IGLESIAS, *Comunidad e indivisibilidad*. Madrid, 1995, págs. 233 y ss.). BELTRÁN DE HEREDIA (*El derecho de acrecer*, cit., págs. 161 y 162): es la naturaleza temporal y personal del derecho de usufructo, junto con la conjunción o solidaridad del llamamiento y la voluntad del testador: «cuando el testador llama solidariamente a varias personas al usufructo de una misma cosa, quiere que éste corresponda por

la no extinción del usufructo constituido en favor de personas vivas hasta la muerte de la última (21).

Lo mismo cabría señalar respecto del usufructo testamentario al que son llamados conjuntamente marido y mujer. Será ganancial si es aceptado por ambos cónyuges y el testador no dispone lo contrario. Pero si por cualquier

entero a aquéllas y que la falta de una de ellas, anterior o posterior a la adquisición, produzca el acrecimiento a favor de los demás y que, en consecuencia, el usufructo de la cosa esté separado en su totalidad de la propiedad de la misma mientras viva uno de los usufructuarios. En realidad, pues no se trata de una excepción al principio general que rige en materia de acrecimiento hereditario, sino de una especialidad en el tratamiento jurídico basado en la naturaleza particular del derecho de usufructo» (opinión compartida por MARTÍNEZ CALCERRADA, *El usufructo ex testamentis...*, cit., págs. 344-345). FERNÁNDEZ MOLLEDA-LLAMAZARES (*op cit.*, pág. 541): Es un acrecimiento que se concede con independencia de cualquier hipotético llamamiento conjunto o solidario previo al usufructo y cualquiera que sea el título de constitución del mismo. El fundamento se encuentra «en la propia situación estática de cotitularidad que, habida cuenta del carácter personal (*intuitus personae*) y temporal del usufructo, ha inducido al legislador a optar por la alternativa del acrecimiento, en lugar de por la consolidación parcial en el nudo propietario». ROCA SASTRE MUNCUNILL {*Derecho de sucesiones*, III. Barcelona, 1994, págs. 381-382), en el sentido que propusiera ROCA SASTRE (*El llamado derecho de acrecer...*, cit., págs. 254-257) indica que esta incrementación en favor de los sobrevivientes, aunque no lo prevea así el Código, únicamente se producirá cuando «el usufructo esté dispuesto conjuntamente, en bloque o in solidum, sin división de partes o configuración de cuotas (*sine partibus*), pues si se ha dispuesto pro partibus, no habrá acrecimiento, ya que la cuota correspondiente quedará embebida en la propiedad gravada o nuda propiedad, debido al carácter elástico del dominio». En su opinión, las razones de «esta incrementación con las cuotas vacantes de los usufructuarios que faltan son varias: la indivisibilidad del usufructo, por ser una servidumbre, si el mismo se ha atribuido en bloque; el argumento romano de que usufructus quotidie constituitur et legatur, pues, si bien la propiedad se adquiere de una vez, en un solo momento, en cambio el usufructo tiene tracto, se constituye y se reitera constantemente y en cada instante su goce se reitera y, por tanto, se atribuye al que en cada momento es titular del usufructo, sea uno, sean varios, aunque disminuya su número; argumento de la voluntad del disponente, que al legarlo en bloque quiere que se produzca el juego del acrecimiento tontino, pues basta que no haya disyunción, o sea, formación de cuotas específicas, para interpretar que la voluntad del disponente fue atribuir todo el usufructo por entero a todos y a cada uno de los usufructuarios, presumiéndolo así al parecer, el artículo 521 del Código Civil; usufructus, non portioni, sed homini accrescit, que es la regla contraria al derecho de acrecer propio, debido a que en el usufructo dicho acrecimiento se produce como un derecho subjetivado, adscrito no a la misma entraña de cada cuota, sino a la titularidad personalísima y subjetivada, y, por tanto, intransmisibile, del usufructuario. Por esta razón se sostiene que el enajenante de su cuota en el usufructo (que sólo se desprende del commodum o contenido económico) no pierde su cualidad de usufructuario y continúa teniendo a su favor el acrecimiento, y lo mismo se cree en caso de renuncia abdicativa o derelictio, así como en el supuesto de que el usufructuario adquiera la nuda propiedad y consolide el dominio».

(21) El artículo 521 del Código no tiene correspondencia en los Códigos civiles francés e italiano. En el Derecho francés, algunos autores (MAZEAUD Y CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, II-2.º París, 1994, pág. 382, LARROUMET, *Droit Civil. Les biens*, II. París, 1985, pág. 261) afirman que el usufructo constituido en favor de varias personas no se

causa el llamamiento en favor de alguno deviene ineficaz (premorienca, repudiación...), el acrecimiento sucesorio propio *ex artículo 987*, puede determinar que uno sólo de los consortes adquiera la totalidad del usufructo con carácter privativo.

En cierto sentido, la operatividad de los artículos 637 y 987 deja sin efecto lo dispuesto en el artículo 1.353 pues si, en virtud del acrecimiento previsto en aquéllos, uno sólo de los cónyuges recibe la donación, la totalidad de lo donado tendrá carácter privativo suyo (22).

En ninguna de estas liberalidades (*inter vivos o mortis causa*) de usufructo se cierra la posibilidad de que pueda entrar en juego el llamado acrecimiento «impropio, posterior o *ex post facto*» previsto en el artículo 521 del Código para situaciones consolidadas de cotitularidad del derecho de usufructo (23). Lo que en este caso nunca tendrá lugar, dado el carácter dual de la atribución *inter vivos o mortis causa*, es la aplicación sucesiva de ambas modalidades de acrecimiento, el propio (en base a los arts. 637 o 987) y el impropio (art. 521). Como señala LUCINI CASALES, «*por hipótesis no es posible en el caso de la donación conjunta a los cónyuges, pues si hay acrecimiento no hay comunidad, y si hay comunidad es porque no ha habido acrecimiento*», y lo mismo habría que indicar respecto del usufructo testamentario en favor de ambos consortes.

La constitución a título oneroso hace entrar en juego el principio de subrogación real, que opera de manera automática, en función del carácter de la contraprestación; será privativo (art. 1.346-3.º), ganancial (art. 1.347-3.º) o, en parte privativo y en parte ganancial en la misma proporción en que lo fueran los fondos empleados (art. 1.354). Si bien, el carácter ganancial se ve claramente favorecido por la presunción del artículo 1.361 (24), que obliga a demostrar de modo inequívoco la procedencia propia de los bienes empleados para dejar sin efecto la subrogación en favor del patrimonio común, y por el artículo 1.355-2 según el cual: «*si la adquisición se hiciere de forma conjunta*

extingue hasta la muerte de la últimas, otros (vid. RIEG, VOZ *Usufruit*, Rep. Dalloz de Droit civil, VII. París, 1980, pág. 29) hacen depender este efecto de la existencia de un pacto expreso o deducido de la voluntad de las partes o del testador. El *Código civile* italiano, en el legado de usufructo, junto al derecho de acrecer sucesorio, prevé este acrecimiento posterior o sucesivo cuando, después de adquirido, uno de los cusufructuarios fallece, renuncia...; en general, cuando la constitución del derecho no es testamentaria, la doctrina hace depender la producción de este efecto de la existencia de un pacto expreso, en caso contrario, la consolidación se produce *pro cuota*.

(22) En este sentido se pronuncia LUCINI CASALES (*op. cit.*, pág. 250), si bien teniendo presente la legalidad vigente en el momento en que escribe (antiguo art. 1.398 C.C.).

(23) Vid. FERNÁNDEZ COSTALES, *El usufructo voluntario de herencia*. Madrid, 1993, págs. 103 y ss.

(24) Ya bajo el régimen anterior a la reforma de 1981 así lo entendía RODRÍGUEZ LÓPEZ, «*Algunas cuestiones...*», *cit.*, pág. 1305.

y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes» (25).

Cuando conforme a este criterio el usufructo merezca la calificación de ganancial (adquisición *a costa del caudal común*), nada impide que su constitución se realice en favor de ambos (conjunta o sucesivamente) o de uno sólo de los cónyuges (26), cuya vida marca el término temporal de vigencia del derecho (27). En este sentido, compartimos el razonamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 7 de noviembre de 1996, en la cual, ante la pretensión de la demandante de considerar subsistente el derecho de usufructo adquirido por el marido con carácter vitalicio a costa del caudal común, una vez fallecido éste, en base precisamente a la ganancialidad del derecho, se argumenta: «*el hecho de que se haya adquirido con bienes gananciales, pero sólo a favor de uno de los cónyuges, como se deduce de la propia escritura de adquisición, no cambia su propia naturaleza, titularidad y necesaria extinción al fallecimiento del titular y consiguiente extinción de la sociedad de gananciales, sino que conferiría al otro titular de dicha sociedad el derecho previsto en el propio Código Civil en sus arts. 1.358 y 1.390 al disolverse y liquidarse la sociedad de gananciales; al alegarse haber adqui-*

(25) Precepto que, a juicio de RAMS ALBESA (*La sociedad de gananciales*, cit., pág. 174), «tiene un alcance meramente explicativo, pues el "sin atribución de cuotas" puede interpretarse: "sin explicitación demostrativa de en qué medida son privativos de cada cónyuge los recursos aportados para la nueva adquisición". Si los cónyuges adquieren un determinado bien, sin demostrar el origen privativo de los recursos empleados, y se atribuyen cuotas de participación en la propiedad —queriendo con ello crear un proindiviso ordinario entre sus masas privativas— no dejarán de adquirir un bien ganancial y se deberán tener por no puestas las mencionadas cuotas de participación, pues la nueva manifestación no es suficiente para impedir que opere en plenitud de efectos el art. 1.347-3.º C.C.; los caudales empleados son gananciales en tanto no quede claramente demostrada su procedencia privativa».

(26) En todos los supuestos de adquisición del usufructo a título oneroso en virtud de contraprestación privativa de uno de los cónyuges, la doctrina anterior a la reforma del régimen económico matrimonial en 1981, entendía que se producía una donación entre cónyuges prohibida (antiguo art. 1.334), si aquel derecho se constituía en favor, no sólo del aportante de los fondos, sino de ambos cónyuges de manera conjunta o sucesiva (vid. GARCÍA-BERNARDO LANDETA op. cit., págs. 79 a 82 y 93 y COMÍN COMÍN, «Notas sobre el usufructo a favor de ambos cónyuges simultánea o sucesivamente», *RDN*, julio-diciembre, 1967, pág. 338).

(27) Si en la adquisición onerosa del usufructo se emplean fondos privativos de uno de los cónyuges, constituyéndose el usufructo en favor de ambos se reproducen aquí los problemas que, con carácter general, se plantea la doctrina, principalmente, si el derecho se adquiere para un cónyuge y sucesivamente para el otro: ¿donación?; ¿contrato en favor de tercero?; ¿puede el mismo originar un derecho real?; ¿en qué momento debe recaer la aceptación del beneficiario?; ¿qué derecho ostenta el usufructuario sucesivo mientras disfruta del bien el precedente? Recientemente, sobre las cuestiones que suscita la configuración jurídica del usufructo sucesivo puede consultarse, ALBIEZ DORHMANN, *Negocios atributivos post mortem*. Barcelona, 1998, en especial, págs. 134-135 y 137-141.

rido con bienes gananciales otro bien en favor de uno sólo de los cónyuges; y en posible perjuicio del otro. Perjuicio que por otra parte no se produjo mientras duró la sociedad puesto que ésta fue la perceptora de los beneficios del usufructo».

La constitución en favor de ambos cónyuges, con carácter conjunto o sucesivo, hará entrar en juego el efecto previsto en el artículo 521 del Código Civil: el usufructo no se extinguirá hasta la muerte del cónyuge superviviente; precepto que, como se entiende comúnmente, es aplicable al usufructo múltiple en favor de personas vivas al tiempo de su constitución, cualquiera que sea el título (oneroso o gratuito) que originó el nacimiento del derecho (28).

2. POR RAZÓN DE LA NATURALEZA DEL BIEN ENAJENADO SOBRE EL QUE RECAE LA RESERVA DE USUFRUCTO

En la constitución del usufructo vía reserva o retención es tradicional afirmar que este derecho tendrá igual carácter que tenía el pleno dominio del bien cuya nuda propiedad se transmite. Aunque, a poco que se indague, se percibirá que la fuente de la que deriva la ganancialidad o privatividad en este caso depende de la construcción técnica que se haga de este procedimiento de constitución del usufructo.

A nivel doctrinal se discute, entre otras cuestiones (29), si en la enajenación con reserva de usufructo, hay dos negocios (uno traslativo de la propiedad y otro constitutivo del usufructo) o estamos ante un único negocio de transmisión de la nuda propiedad con reserva del *ius fruendi*. Los defensores

(28) En este sentido, vid. MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, *op. cit.*, pág. 542; ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil...*, VIH-2.º, *cit.*, pág. 237; DORAL, *Comentarios...*, VII-Iº, *cit.*, pág. 575; GÓMEZ CORRALIZA, «Admisibilidad del derecho de acrecer en los negocios «inter vivos», incluidos los onerosos», *RDP*, 1991, págs. 840-841 y 860. No es procedente, pues, a efectos de aplicar el art. 521, distinguir entre usufructo constituido a título oneroso o gratuito, como argumenta el Registrador en su informe a la Resolución de 10 de julio de 1975: «hay que tener en cuenta que efectivamente un usufructo puede constituirse a favor de varias personas, subsistiendo el mismo hasta que fallece la última de éstas; pero el referido artículo, al igual que el 637 del mismo cuerpo legal, se refiere a los usufructos constituidos por vía de enajenación, donde una persona extraña al matrimonio dona a ambos cónyuges el usufructo, y precisamente es en virtud del artículo 637, más que del 521, donde tiene su fundamento esta permanencia del usufructo adquirido por donación en el cónyuge superviviente; pero si la constitución del usufructo es por título oneroso, ya no son de aplicación las normas citadas, sino que seguirá la misma suerte que los demás bienes que integran el patrimonio de la sociedad, pudiendo ser adjudicado, al liquidarse ésta, al cónyuge superviviente, a un heredero o aun extraño» (*RCDI*, n.º 511, 1975, pág. 1451).

(29) Por ejemplo, si la constitución del usufructo se verifica a título originario o derivativo, vid. DORAL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VII-Iº,

de la teoría del doble negocio se basan en una concepción unitaria del derecho de propiedad, de donde deriva la imposibilidad conceptual de una transmisión aislada de las facultades dominicales, y en el clásico principio *nemini res sua servit*, que impide constituir sobre una cosa propia un derecho real de usufructo. Los partidarios del negocio único con pluralidad de efectos parten del dominio entendido como una suma de facultades, cuya escisión es posible, de modo que la atribución se limitaría a la nuda propiedad, separada del usufructo (30).

Entre nosotros, y abordando el tema que nos ocupa, GARCÍA-BERNARDO LANDETA defiende la existencia de dos negocios: se transmite la nuda propiedad y el adquirente la grava a título gratuito u oneroso con un usufructo en favor del transmitente; en consecuencia, la calificación privativa o ganancial del usufructo derivará, conforme a lo expuesto en el epígrafe anterior, del carácter gratuito u oneroso de su adquisición (arts. 1.346-2.º y 3.º y 1.347-3º) (31).

Es mayoritaria, sin embargo, la posición que defiende la existencia de un único negocio de efectos retringidos a la transmisión de la nuda propiedad (32). Gráficamente señalaba ROCA SASTRE, que es como si «*se cortara*

cit., págs. 49-50. En la doctrina italiana dan buena cuenta de la cuestión PUGLIESE, *USU-frutto, uso e abitazione*. Torino, 1956, págs. 172 y ss. y QUARANTA-PREDEN, *Usufrutto*, en *Commentario al Codice civile*, III, dir. por DE MARTINO. Roma, 1972, págs. 319-320, quienes, partiendo de la existencia de un único negocio con doble efecto, se pronuncian por el carácter derivativo de la adquisición, al presuponer un derecho de contenido más amplio (propiedad) del que deriva el de contenido menor (usufructo), sin ser necesaria a estos efectos una voluntad negocial. Lo decisivo, entienden, no es un negocio, sino la pertenencia a una persona determinada del mismo derecho adquirido o de otro más amplio, a diferencia de la adquisición originaria que prescinde enteramente del derecho perteneciente a un determinado sujeto.

(30) En el caso de donación con reserva de usufructo, admitir la existencia del doble negocio significaría, como señalan ALBACAR y CAVANILLAS (*Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, II. Madrid, 1991, pág. 795), «*que el donatario habría de tener suficiente capacidad no sólo para aceptar la donación, sino también para gravar la propiedad recibida con la constitución de un usufructo a favor del donante por lo que, por ejemplo, los padres no podrían aceptar este tipo de donación a favor de sus hijos menores sin autorización judicial (art. 166 C.C.)*».

(31) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, págs. 86 y ss., quien señala: «*La contraprestación en el caso de transmisión onerosa del dominio, o concretamente el precio en el caso frecuente de compraventa, será el del valor de la plena propiedad, si el usufructo se constituye a título gratuito y el precio líquido, es decir, deducido el valor del usufructo, si la constitución de éste es onerosa. En el supuesto de donación del dominio, si el usufructo se constituye a título oneroso, se fijará el precio de éste, precio que no será necesario fijar, si se constituye a título gratuito*».

(32) Así, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, *cit.*, pág. 718; Ruiz ARTACHO, «La reserva de usufructo, en favor de uno o de ambos cónyuges, en las enajenaciones de nuda propiedad otorgadas por los mismos», *RCDI*, n.º 284, 1952, pág. 3; RODRÍGUEZ ADRADOS, «Disposición onerosa de inmuebles gananciales», *RDN*, julio-dic, 1958, págs. 182 y 183; MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Más sobre el usufructo a favor del cónyuge del donante y otras

un trozo de derecho dominical (la nuda propiedad) continuando «en su misma configuración» la parte que subsiste en favor del anterior dueño (usufructo)» (33). En este caso, se entiende que el usufructo tendrá la misma naturaleza, privativa o ganancial, que el bien del que se desprende o a partir de cual se genera la operación (34). También el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, nos referimos a la sentencia de 13 de abril de 1993 (R.A. 3000), donde afirma el carácter ganancial del usufructo reservado, con carácter vitalicio en favor exclusivamente de la esposa, en la enajenación de la nuda propiedad de un inmueble de carácter ganancial (35).

Esta conclusión es la que, a nuestro juicio, debe imponerse, y ello con independencia de que el usufructo reservado en la enajenación de bienes gananciales se haya constituido en favor de uno de los cónyuges (36) o de

cosas», RDN, julio-diciembre, 1967, pág. 389 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario a la Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1991*, cit., págs. 378-380; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II. Madrid, 1982, pág. 111. DORAL GARCÍA, op. cit., pág. 49-50, quien señala que la teoría del negocio único con doble efecto, es el punto de vista más «respetuoso con el Derecho registral, una única inscripción —el acto traslativo de la propiedad— y con el Derecho fiscal».

(33) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, cit., pág. 718, nota 3.

(34) Así, SCAEVOLA, *Código Civil*, XXII. Madrid, 1967, revisado por REYES MONTE-RREAL, págs. 655-656; Ruiz ARTACHO, op. cit., pág. 5; CASASUS HOMET, «Actos dispositivos, con reserva de usufructo, que favorece al cónyuge del disponente», RDN, enero-marzo, 1966, págs. 187 y 192; COMÍN COMÍN, op. cit., págs. 334 y 337; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», cit., pág. 1.305; GINER GARGALLO, op. cit., pág. 912. En contra, CARRETERO GARCÍA, *Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de julio de 1975*, cit., pág. 1456: «el usufructo reservado no es el mismo usufructo causal ganancial que existía antes de la desmembración de usufructo y nuda propiedad».

(35) La cuestión se plantea con motivo del embargo por deudas de ambos cónyuges del derecho de usufructo, constituido en favor, única y exclusivamente de la esposa por vía de reserva al vender la nuda propiedad de un inmueble ganancial, ante lo cual la usufructuaria interpone tercería de dominio, entre otras razones, por considerar que el usufructo reservado le correspondía en exclusividad. El Tribunal Supremo rechaza el recurso porque a la reserva que la actora «manifestó que hacía, en su favor, del usufructo exclusivo del chalet, no puede atribuírsele eficacia alguna, pues siendo ganancial dicho usufructo, la adjudicación del mismo a uno sólo de los cónyuges hubiera requerido la previa liquidación de la sociedad de gananciales, que no consta se haya practicado».

(36) En contra, se manifestaban antes de la reforma del Código Civil, algunos autores que vinculaban el carácter ganancial del usufructo con la necesidad de reserva conjunta, por entender que el usufructo constituido en favor de uno solo de los cónyuges con ocasión de la enajenación de bienes gananciales convertía al derecho reservado en privativo del cónyuge en cuyo favor se establecía la reserva. Así, SCAEVOLA, op. ult. cit., pág. 655: «por lo que respecta a esta reserva, que, a nuestro juicio, siempre ha de entenderse contraria a la ley la que sea hecha de un modo personal, directo y exclusivo a favor del marido donante»; CASASUS HOMET, op. cit., pág. 192: «si la cosa era ganancial, el usufructo reservado tendrá carácter ganancial, es decir, la reserva será para la comunidad conyugal, no para el donante»; COMÍN COMÍN, op. cit., págs. 333-334, nota 2: «La constitución de un usufructo conjunto o sucesivo entre cónyuges no es totalmente discrecional o arbitrario. Aunque la finalidad sea idéntica, en un casos se impondrá como necesaria la fór-

ambos, sea conjunta o sucesivamente y, sin perjuicio, como veremos, aunque dependiendo del alcance que se le reconozca, del posible juego del artículo 1.355 del Código Civil.

Precisamente, las principales dudas bajo el régimen anterior a 1981, dada la prohibición legal de donaciones entre cónyuges, surgieron con ocasión del usufructo reservado sobre bienes gananciales o privativos establecido con carácter conjunto en favor de ambos cónyuges o sucesivo en favor del disponente y, a su muerte, en favor de su consorte. Tanto en un caso como en otro, el *acrecentamiento* en favor del cónyuge viudo que, por mor del artículo 521 se origina, determinó la búsqueda de un expediente que obviara la prohibición legal de las donaciones entre cónyuges (anterior art. 1.334) (37). Después de

muía del usufructo simultáneo (v. gr., enajenación de la nuda propiedad de bienes gananciales) y en otros no será posible sino el usufructo sucesivo (v. gr., enajenación de la nuda propiedad de bienes privativos)»; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», cit., quien, si bien considera inadmisibles la reserva de usufructo que, en bienes de carácter ganancial, se haga con exclusividad para uno sólo de los cónyuges (pág. 1.351), porque, según parece deducirse, ello comportaría su conversión en privativo y, en consecuencia, habría una donación entre cónyuges prohibida, no ve obstáculo a que tal derecho se adquiriera por un solo cónyuge, a título oneroso y a costa del caudal común (pág. 1305).

(37) La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1960 (R.A. 2082) aborda un supuesto de donación de un bien privativo con reserva *conjunta* del usufructo en favor de ambos cónyuges y hasta el fallecimiento del último: «*dicha reserva no se hace por partes iguales, sino en común para satisfacer las necesidades del matrimonio, y sólo cuando ocurra el fallecimiento de uno de ellos es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, y es entonces cuando podría admitirse la existencia de donación, pero no durante el matrimonio, sino disuelto éste*». Comenta esta resolución G.D. (*Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1960, págs. 523-526), quien deduce de esta sentencia que la reserva en favor de los dos cónyuges durante el matrimonio es válida; una vez fallecido el cónyuge propietario y quedando sólo como beneficiario y donatario el cónyuge no propietario debe, a su juicio, articularse para no incurrir en ámbito de las donaciones prohibidas entre cónyuges de la siguiente manera: en la donación, el donante debe reservarse el usufructo durante la vida de él y de su esposa, y después realizar un legado del usufructo reservado en favor de su esposa. Por su parte, RODRÍGUEZ LÓPEZ («Algunas cuestiones...», cit., págs. 1327-1328), desde su particular visión del artículo 521 C.C. critica la sentencia citada en el sentido de que «*no puede, en pura técnica, hablarse de donación, puesto que no es la voluntad de un cónyuge la que genera la adquisición por el supérstite, sino que es un especial derecho de acrecer, o la ley o ésta unida al singular carácter que define los derechos conjuntos, la que ocasiona la absorción post mortem del usufructo... Si el efecto absorcional se produce, lo hayan previsto o no los cónyuges, a virtud de que tal efecto es consustancial con el usufructo simultáneo y conjunto que aquéllos se reservaron en acto inter vivos, no cabe encuadrarlo en la institución de la donación mortis causa*». En el caso de la donación por uno de los cónyuges de un bien privativo reservándose el usufructo para sí y sucesivamente para su cónyuge, la entrada en el disfrute del cónyuge del donante a la muerte de éste planteaba la cuestión de la naturaleza del acto y de la necesidad o no de aceptación del usufructo a su favor antes de que el donante falleciera, si se trata de inmueble, conforme al art. 633: ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (*Derecho Hipotecario*, V, cit., pág. 454): Hay verdadera donación *mortis causa*, que requiere aceptación, pero que podrá hacerse tanto en vida del donante como después de su fallecimiento. VALLET («Las ventas con reserva

1981, el planteamiento de la cuestión en estos términos deja de tener sentido en virtud del reconocimiento legal expreso de la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1.323 C.C.)-

Ahora bien, como señalábamos, la reserva del usufructo al disponer de la nuda propiedad, puede hacerse de manera *explícita*, quedando configurado el usufructo en favor de cualquiera de los cónyuges o de ambos, o de manera *implícita*, es decir, sin alusión alguna al derecho que se retiene. Surge en este

de usufructo a favor del vendedor y, para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores». *RDP*, 1946, pág. 955): Reversión impropia asimilada al supuesto del artículo 641. La donación en favor del cónyuge implícita en dicha reserva es de naturaleza *monis causa*, será válida pues no le alcanza la prohibición de donaciones entre cónyuges, al regirse por las reglas de la sucesión testamentaria. CASASUS HOMET (*op. cit.*, pág. 189): *Donación mortis causa tácita, revocable por el cónyuge donante*. MENENDEZ-VALDES GOLPE («La transmisión de bienes con reserva de usufructo a favor del transmitente y de su cónyuge», *RDN*, julio-diciembre, 1966, págs. 273 y ss.): La adquisición del cónyuge sobreviviente deriva del donatario o adquirente de la nuda propiedad, quien la adquiere bajo condición resolutoria de constituir el usufructo en favor del supérstite. Aunque estima que lo correcto sería «"reservar" un usufructo por la vida del transmitente y de su cónyuge en favor del primero y sus herederos y legatarios, y completar la operación con un testamento en el que el constituyente disponga de ese usufructo en favor del cónyuge» («Más sobre el usufructo a favor del cónyuge del donante, y otras cosas», *RDN*, julio-diciembre, 1967, pág. 391). MANRESA: ES una donación entre vivos con entrega *post mortem*, siendo precisa la aceptación antes de la muerte del donante, y una vez aceptada sería irrevocable. Por otra parte, las mismas dificultades aparecían en otros Ordenamientos de nuestro entorno más cercano. En Italia, la prohibición de donaciones entre cónyuges (art. 781 del *Código*, declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en sentencia de 27 de junio de 1973, por vulnerar el principio constitucional de igualdad) planteaba en similares términos la cuestión, vid. PUGLIESE, *op. cit.*, pág. 180 y PALERMO, *Usufrutto, uso e abitazione*, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*. Torino, 1966, págs. 359-360. De distinta forma, aparece esta temática en Francia, donde se acude al expediente de la *institución contractual* o donación de bienes futuros, permitida entre cónyuges (arts. 1082 y 1093 del *Codé*) para superar, entre otros, el principio que prohíbe las sustituciones y la prohibición de pactos sobre la sucesión futura. Es ilustrativo al respecto, el análisis de la evolución jurisprudencial en esta materia que realizan los autores, pueden verse las sentencias de la Corte de Casación de 20 de abril de 1983 (notas de PATARIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1984, págs. 349-350; MARNIERRE, *Sem. Jur.*, II. 1984, 20257; GRIMALDI, *Dalloz*, 1986, I, págs. 31-34), de 4 de abril de 1991 (nota de PATARIN, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1992, págs. 165-166 y 598-599); 14 de enero de 1997 (notas de BARABÉ-BOUCHARD, *Sem. Jur.*, 1997, págs. 607-609; ZENATI, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, avr-juin, 1998, págs. 414-416) y 21 de octubre de 1997. En ellas se aprecia un cambio de orientación: de ser contemplada como una institución contractual o donación de bienes futuros pasa a configurarse como donación de bienes presentes sujeta al término inicial de la muerte del primer usufructuario. De ahí que pase a ser admitida con carácter general y no sólo entre cónyuges, aunque cuando la constitución del usufructo tiene lugar entre éstos, como cualquier donación entre esposos, es libremente revocable (art. 1096 C.C. francés). No obstante, la sentencia de la Corte de Casación, Cámara comercial, de 2 de diciembre de 1997 (nota de ZENATI, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, oct-déc, 1998, págs. 937-939) califica el supuesto de donación condicional, al depender el nacimiento del usufructo sucesivo de la supervivencia del segundo usufructuario al primero.

segundo caso, siempre y cuando se coincida con nosotros en que la disposición de la nuda propiedad produce la constitución automática del derecho de usufructo retenido (38), la cuestión de cual sea la vigencia temporal del usufructo reservado.

Se entiende, de manera general, en tales supuestos en que no queda expresada de forma explícita la existencia del usufructo, que la duración del derecho (naturalmente vitalicio) vendrá determinada por la vida del disponente, a quien se considera usufructuario (39). Esto que, sin dificultad, resulta claro cuando alguno de los cónyuges disponga de la nuda propiedad de sus bienes privativos, no lo es tanto cuando la disposición afecta a bienes gananciales.

Cierto sector doctrinal, sobre la base de identificar el carácter ganancial con el usufructo conjunto o simultáneo, entiende que tal derecho quedará constituido en favor de ambos cónyuges y, en consecuencia, subsistirá hasta la muerte del último que sobreviva (40).

No es, sin embargo, ésta nuestra opinión; como expondremos más adelante, ganancialidad del usufructo y constitución de este derecho en favor de

(38) Cuestión que tampoco es pacífica. Sobre el tema, y en favor de la constitución automática, vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, págs. 1306 a 1312; en este sentido también, ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, V, *cit.*, pág. 462.

(39) Así, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. ult. cit.*, págs. 1305 a 1312. También ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, *cit.*, págs. 719 y 728, quien, respecto de la inscripción, señalaba que en los casos en que el usufructo esté implícitamente reservado o retenido, sólo constará en el Registro la adquisición de la nuda propiedad, pero el usufructo «*debe considerarse entonces como virtualmente inscrito a favor del disponente*». En la última edición de la obra ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, V, pág. 462, se indica: «*en estos casos de usufructo reservado debería inscribirse en un mismo asiento este usufructo y la nuda propiedad transmitida y gravada por él, pues con el desplazamiento patrimonial de tal nuda propiedad ha quedado automáticamente constituido tal usufructo, como derecho nuevo, por su falta de preexistencia en la realidad jurídica. El usufructo no es regularmente una «pars domini» anteriormente embebida del inmueble inmatriculado o inscrito, sino que con la enajenación de la nuda propiedad ha asumido vida «ex novo», por cuya razón queda constituido sin más por vía de reserva. En consecuencia, esta constitución automática debiera inscribirse juntamente con la nuda propiedad transmitida y, por tanto, en un mismo asiento registral*». En la doctrina italiana, vid. VENEZIAN, *Usufructo...*, I, *cit.*, pág. 419.

(40) Así, aunque por razones y con matices bien distintos, CASASUS HOMET, *op. cit.*, pág. 192, quien afirma «*que si la cosa era ganancial, el usufructo reservado tendrá carácter ganancial, es decir, la reserva será para la comunidad conyugal, no para el donante*»; COMÍN COMÍN, *op. cit.*, pág. 334, para quien se impone como necesaria la fórmula del usufructo conjunto en la enajenación de bienes gananciales, «*aunque en el acto de enajenación intervenga uno solo de los cónyuges, con o sin el consentimiento del otro*»; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, págs. 1313 y ss. y de forma más clara, en «*Más acerca de la innecesidad de que el usufructo ganancial requiera, en su caso, ser incluido en la liquidación de la sociedad conyugal*», *Boletín del Colegio de Registradores*, *cit.*, pág. 361.

ambos cónyuges no van indisolublemente unidos. La ganancialidad del usufructo reservado no significa necesariamente que estemos ante un usufructo, en el sentido de que el derecho quede constituido en favor de ambos cónyuges y hasta que el último fallezca (art. 521 C.C.). En el mismo sentido, señala AVILA NAVARRO (41), que *«el usufructo ganancial no es siempre usufructo conjunto; si los cónyuges quieren articular su adquisición o reserva como usufructo conjunto, han de hacerlo expresamente así, dentro del ámbito del art. 521 C.C.»*. Pero, sin dudar de la conveniencia de que así sea, el problema surge ante la disposición de la nuda propiedad de bienes gananciales, sin referencia alguna al usufructo reservado: ¿debe, ante la falta de manifestación, entenderse que el usufructo reservado lo es en favor de ambos cónyuges?

La cuestión, a nuestro juicio, ha de ponerse en relación con el sistema de disposición conjunta de los gananciales diseñado por el legislador, y las diferentes manifestaciones externas que el cumplimiento de esta exigencia permite. Es decir, en principio y salvo las excepciones legalmente contempladas, se precisa el consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición de bienes gananciales. Sin embargo, el ejercicio y exteriorización de este consentimiento dual admite formas distintas a la concurrencia conjunta y externa, coactuación o cointervención de ambos cónyuges en la celebración de los negocios que afecten al patrimonio común.

Como indica RAMS ALBESA, *«en materia de forma nuestro sistema se manifiesta totalmente abierto, pues se puede coger el acervo común, bien actuando ambos de consuno, es decir, contratando los dos cónyuges, o bien haciéndolo uno de ellos con el consentimiento del otro, es decir, apareciendo como parte del contrato uno solo de los cónyuges. Para la primera modalidad sirven tanto la comparecencia personal de ambos, cuanto la actuación de uno con poder representativo suficiente y acreditado para actuar o en calidad de mandatario verbal del otro exigiéndose entonces la oportuna ratificación; en tanto que para la segunda, la más habitual sin duda, desde la perspectiva del tercero —respecto del consorcio— que interviene como parte en el negocio, este consentimiento no contractual es meramente habilitante en favor del cónyuge que contrata y puede ser expreso o tácito»* (42).

Lo que, sin duda plantea más problemas es el alcance y efectos patrimoniales que se derivan de estas formas de actuación. En particular, y por lo que a nosotros interesa, el valor que haya de concederse al consentimiento del otro, cuando uno de los cónyuges concurra al otorgamiento del acto adquisitivo o dispositivo. Es decir, si estamos en presencia de una voluntad contrac -

(41) *Comentario de la Resolución de la DGRN de 25 de febrero de 1992, cit.,* pág. 1106.

(42) RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales, cit.,* pág. 283.

tual, de manera que el asentimiento convierte al cónyuge no interviniente en coadquirente o cocontratante, o sólo implica un poder de control, que no lo convierte en parte contractual (43).

Desbordaría nuestro estudio ahondar en esta polémica. En nuestra opinión, cualquiera que sea la opción acogida, no podemos sustraernos al hecho de que la concurrencia de ambos cónyuges al acto de disposición de la nuda propiedad de bienes gananciales determinará que la reserva implícita de usufructo que se produce sea en favor de ambos; por el contrario, no creemos que se pueda sostener que, cuando un cónyuge constituye un usufructo por reserva al enajenar bienes comunes, la ganancialidad del derecho implícitamente reservado comunique la condición de usufructuario a su consorte, de manera que el nudo propietario (donatario o comprador) deba considerar constituido un cusufructo, ni siquiera sobre la base de invocar el consentimiento prestado por el cónyuge no interviniente en el acto de disposición o el régimen económico del matrimonio; fundamentalmente, no sólo porque se entienda que el asentimiento al acto realizado individualmente por uno de los cónyuges es una condición de eficacia del negocio celebrado que no convierte en parte negocial a quien lo presta (44), sino porque faltaría el consentimiento del nudo propietario (45).

(43) En palabras de FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ OSSORIO (*La gestión de los bienes gananciales*. Madrid, 1997, pág. 125): «nos preguntamos si lo que se está demandando de quien debe cointervenir en un negocio es la prestación de un auténtico consentimiento, requisito de existencia del mismo, o bien puede tratarse de una colaboración de diferente naturaleza y de menor alcance, necesaria para la eficacia del acto, pero que no convierte a quien la presta en parte del contrato que se celebra».

(44) Vid. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ OSSORIO, *op. cit.*, especialmente, págs. 124 y ss.

(45) También incide en el valor que haya de concederse al consentimiento de los cónyuges cuando uno sólo de ellos concurra al otorgamiento del acto adquisitivo o dispositivo, la cuestión planteada por AMORÓS GUARDIOLA, «Usufructo ganancial conjunto y sucesivo», *Boletín del Colegio de Registradores*, 1995, n.º 4 (2.ª época), págs. 1095-1096, acerca de si un cónyuge puede por sí solo adquirir el usufructo de una finca a título oneroso, con carácter ganancial y en forma conjunta y sucesiva con su consorte quien no comparece en la escritura que formaliza el negocio traslativo, distinguiendo dos posiciones:

a) Conforme a la primera, que el autor estima mayoritaria, si se quiere que el usufructo ganancial adquirido fuera «conjunto y, por tanto, sucesivo, era indispensable que compareciera el otro cónyuge en la escritura de compraventa o que la ratificara después... sin su consentimiento negocial, simultáneo o posterior, vía ratificación, no era posible inscribir el documento pretendido que, en definitiva, venía a atribuir un derecho a una persona sin contar con su aceptación. Esta postura separa la titularidad de los bienes adquiridos, que corresponde al cónyuge adquirente y el carácter ganancial de los mismos que, sin atribuir la titularidad, matiza el derecho adquirido por el compareciente atribuyendo al no compareciente una serie de facultades de administración, disposición, modalizando el régimen de responsabilidad del bien, sujetándolo a un proceso de liquidación final de la sociedad de gananciales, etc. En definitiva, el usufructo

3. POR RAZÓN DE LA PREVIA TITULARIDAD DE LA NUDA PROPIEDAD
o DEL USUFRUCTO: LA CONSOLIDACIÓN (46)

Dentro de las causas de adscripción del usufructo al patrimonio privativo o ganancial, interesa detenerse en el problema planteado por la Resolución de 7 de febrero de 1995. La cuestión a resolver sería la siguiente: la adquisición onerosa de la nuda propiedad o del usufructo, con independencia de los fondos que se empleen, ¿beneficia al patrimonio titular del derecho correlativo, de suerte que, se produce la extinción por consolidación, sin perjuicio del oportuno reembolso (art. 1.358 C.C.)?. En aquel supuesto (nuda propiedad privativa y usufructo ganancial), como vimos en su momento, la DGRN resolvía en favor del notario recurrente, estimando procedente la consolidación.

Antes de la reforma de 1981, el profesor LACRUZ (47), había indicado que «cuando, mediante precio, hubiere adquirido el consorcio el usufructo, éste

en mano común o conjunto adquirido por un cónyuge a título oneroso será ganancial o presuntivamente ganancial, pero, con independencia de tal carácter, pertenecerá a quien lo adquiera, el cónyuge compareciente, y no al otro cónyuge, el cual sólo ostentará sobre el bien adquirido, las facultades que deriven de la atribución al mismo del carácter ganancial y si se quiere adquirir el usufructo lo que tiene que hacer es lo mismo que ha hecho su consorte, es decir, comparecer y comprarlo».

Del mismo modo, cuando uno de los cónyuges manifiesta reservarse el usufructo para sí y para su consorte, se pronuncia en favor de que concurra la aceptación del cónyuge beneficiario, aunque desde una perspectiva bien diferente de caracterización de régimen legal de gananciales a la señalada, GIMÉNEZ DUART («LOS bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, 1982, n.º 584, pág. 126, nota 1); GINER GARGALLO, *op. cit.*, pág. 911

b) Conforme a la segunda, indica AMORÓS GUARDIÓLA, «si partimos de la base de que entre consortes casados bajo el régimen económico conyugal de la sociedad de gananciales hay una masa de bienes privativos de cada uno de ellos y una masa de bienes gananciales de los que son titulares el marido y la mujer conjuntamente y que constituyen el tercer patrimonio, el patrimonio ganancial, habrá que concluir que si un bien es adquirido por un cónyuge a título oneroso y con carácter ganancial, con independencia de que ese bien se inscriba en el Registro a nombre del adquirente y para su sociedad conyugal, el bien adquirido es ganancial, de modo que sobre él ostentan una titularidad conjunta marido y mujer. La conclusión en el caso que nos ocupa, si no fuera porque el derecho no es una ciencia exacta, parecería inevitable y se podría sostener más o menos en los siguientes términos: el usufructo adquirido por el esposo, casado en régimen de gananciales, a título oneroso es un usufructo que pertenece a marido y mujer conjuntamente, como cualquier otro bien del patrimonio ganancial. El usufructo así adquirido es un usufructo ganancial... en definitiva, un usufructo simultáneo o conjunto en favor de dos personas, los cónyuges casados en gananciales, y así lo sería igualmente si el bien se hubiera adquirido por los dos cónyuges a título oneroso, pues en ambos casos el bien adquirido sería ganancial».

(46) Aludimos aquí a la consolidación como causa autónoma de extinción del usufructo y, especialmente a la que tiene lugar por compra, donación... del usufructo por el nudo propietario o de la nuda propiedad por el usufructuario, no al sentido amplio de consolidación, consecuencia de la extinción previa del usufructo.

(47) «Bienes comunes...», *cit.*, *RDN*, enero-marzo, 1957, pág. 27.

es, en principio, bien común, y como tal tendrá que dividirse si perdura a la disolución de la comunidad. Cosa distinta es que los cónyuges puedan determinar que el derecho real adquirido por la comunidad y que grava la finca de uno de ellos se reincorpore a la nuda propiedad, con la obligación de reembolsar su valor a cargo del propietario. Este negocio es perfectamente lícito, y sólo podrá impugnarse, en su caso, por los acreedores de la comunidad o los legitimarios... (48).

La consolidación a costa de los fondos comunes da lugar a reembolso; pero tratándose de usufructo, éste, no consistirá en la cantidad entregada para su readquisición, sino —puesto que la comunidad se lucró con los frutos— en el valor del usufructo al disolverse ésta. Por tanto, si el usufructo se había extinguido antes nada habrá que indemnizar.

Cuando el usufructo haya sido adquirido a costa de los fondos privativos del cónyuge nudo propietario, es claro que se consolida sin adquisición de reembolso, pero tampoco la comunidad queda obligada a hacer reintegro alguno al adquirente, puesto que el derecho a percibir los frutos no le ha sido atribuido por él, sino que deriva directamente del ordenamiento jurídico».

Con referencia a nuestro actual ordenamiento, comenta RAMS ALBESA, que a diferencia de lo que sucede en materia de servidumbres, en que «la doctrina ha venido sosteniendo con práctica unanimidad que la consolidación por extinción de un derecho real limitado que pesa sobre una finca de titularidad privativa aprovecha directamente a esta titularidad —«vis atractiva del derecho de propiedad»—, por lo que se trata de una adquisición privativa que en su caso dará lugar, si para ello se emplea numerario común, al nacimiento de un derecho de crédito en favor de la masa ganancial, considerándose desde POTHIER esta operación como una impensa útil» (49). Tratándose del

(48) También SCAEVOLA, *Código Civil*, XXII, cit., pág. 371, entendía que no procedía la consolidación: aun cuando la nuda propiedad sea privativa de uno de los cónyuges pues el carácter ganancial del usufructo adquirido durante el matrimonio y a costa del caudal común, no ofrece duda alguna al autor. Distinto es el parecer de DE COSSIO Y CORRAL, *Tratado práctico y crítico de Derecho civil. La sociedad de gananciales*, L-1.º, Madrid, 1963, págs. 47-48, quien considera que «son bienes privativos de los cónyuges, aunque no representen verdaderas subrogaciones, las adquisiciones obtenidas en virtud del ejercicio de acciones o derechos que pertenecían privativamente a uno de los cónyuges... Entre las que se encuentran... k) El usufructo incorporado durante el matrimonio a la nuda propiedad de bienes pertenecientes a uno sólo de los cónyuges».

(49) RAMS ALBESA, *La sociedad...*, cit., págs. 69-70, para quien, «no obstante esta calificación tradicional, cuyo fundamento y función práctica comparto, entiendo que el supuesto clásico de la extinción onerosa de una servidumbre, por ejemplo, no puede ser considerado como mejora en el sentido y con los fines del art. 1.359 C.C., sino más bien debe ser tratado como un supuesto de accesión económica ordinaria, por lo que no dará lugar a especialidad alguna en materia de reembolsos y, en su consecuencia, se habrá de aplicar en el momento de la liquidación la regla general del art. 1.358 C.C.».

derecho de usufructo, la cuestión no ha sido tan pacífica. «*POTHIER* entendía que para decidir si había lugar o no al derecho de recompensa en favor de la comunidad aportante de los fondos de la redención habría que estar a que el tercero titular del usufructo estaba o no vivo en el momento de la disolución de la comunidad: si había premuerto nada debía la masa adquirente a la comunidad; si sobrevivía, debía al consorcio la parte en que le aprovechaba la redención, pues de otra forma su titular seguiría siendo tan sólo nudo propietario del bien.

Esta tesis ha sido siempre minoritaria, a pesar de su rigor clásico, incluso entre la doctrina francesa —*ODIER*, *TROPLONG*—, pues la mayor parte entiende que el usufructo no se redime en el momento de su adquisición por el consorcio del tercero titular, sino que como tal usufructo entra a formar parte de la masa consorcial y es ala disolución de ésta, si debiera subsistir cuando hay verdadera redención, es en ese momento cuando hay que fijar el «*quantum*» a reembolsar; el propietario, desde luego, nada debe si el usufructo se hubiera debido extinguir constante la sociedad.

Entiendo con esta amplia corriente doctrinal que si es, en principio, la comunidad la enriquecida con la adquisición (en ella entrarán los frutos que producía la cosa y que por el usufructo correspondían al usufructuario), no debe el titular reembolsar lo que en su momento se abonó al usufructuario como precio de su derecho, sino tan sólo en la proporción en que le aproveche la redención; si la redención se hace con numerario propio del nudo propietario el usufructo se extingue sin más y éste no puede pedir reintegro de la masa común por lo que ésta se lucró.

No hay especialidad en la adquisición de la nuda propiedad del inmueble del que uno de los cónyuges es titular de un derecho de goce sobre el mismo» (50).

De manera más general, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, al analizar los caracteres de la sociedad de gananciales, señala que, como patrimonio separado colectivo, «*caben relaciones jurídicas entre el patrimonio común y cada uno de los patrimonios personales de los cónyuges sin que, ni «parcialmente», se produzcan en ellas los fenómenos de la extinción por confusión (si la relación es de obligación) o por consolidación (si se trata de un derecho real que una de las masas patrimoniales tenga sobre una cosa que pertenezca en propiedad a otra)*» (51).

(50) RAMS ALBESA, *op. et loc. cit.*

(51) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La sociedad de gananciales*. Madrid, 1989, pág. 216. En el mismo sentido, PRETEL SERRANO, *Comentario del C.C.*, cit., pág. 654, a propósito del supuesto en que siendo el usufructo privativo de alguno de los cónyuges, la adquisición de la nuda propiedad, «*por cualquier causa, ha de ser calificada como un bien ganancial*», señala que «*para este caso (aun cuando la titularidad individual de un cónyuge sobre la nuda propiedad ganancial corresponda precisamente a quien es titular*

En realidad, las cuestiones que, a nuestro entender, están en la base de tal resolución son dos:

- Desde el punto de vista de la consolidación, como modo de extinción de los *ius in re aliena*, se plantea si requiere no sólo unidad subjetiva (la misma persona ostenta la titularidad del derecho de propiedad y del que lo limita) sino también patrimonial (identidad de régimen jurídico de los patrimonios puestos en relación);
- Desde la perspectiva de la sociedad de gananciales, la cuestión está en decidir si, fuera de los supuestos permitidos legalmente y exceptuando el principio general de subrogación real, los cónyuges pueden incrementar sus bienes propios con fondos gananciales cuando existen razones jurídicas (la no presunción de límites al derecho de propiedad y la interpretación estricta de los mismos) y económicas (en palabras de la DGRN, «facilitar la explotación económica de los bienes arbitrando mecanismos de reintegración de las facultades desmembradas en un único sujeto de derecho») que justificarian su procedencia.

Respecto de la primera cuestión, se ha sostenido, lo que compartimos, que «para que proceda la consolidación, se requiere una plena identidad en el régimen jurídico de la nuda propiedad y del usufructo cuya reunión se pretende» (52).

En cuanto a la segunda, aunque las razones deban ser atendibles de *lege ferenda*, como también se ha indicado, es una cuestión que «debe ser contemplada en el momento de legislar, pero una vez que el legislador ha decidido; ni siquiera por vía de interpretación correctora puede la jurisprudencia enmendar la plana al legislador y desvirtuar el precepto terminante del art. 1.347-3 de que son gananciales "los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos"» (53). Ello, sin perjuicio, de que por el juego del artículo 1.355, que examinamos a continuación, pueda favorecerse la extinción por consolidación.

del usufructo) puede entenderse que no existe consolidación pues caben relaciones jurídicas entre las masas patrimoniales, de tal manera que seguirá existiendo un cónyuge usufructuario que como tal dispondrá de facultades de disposición y administración sobre su derecho que no se ven limitadas por la nuda propiedad ganancial».

(52) GÓMEZ GÁLLIGO, «Comentario a la RDGRN de 7 de febrero de 1995», *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, cit., pág. 39.

(53) VIDAL FRANCÉS, «Comentario a la Resolución de 7 de febrero de 1995», cit., pág. 1856.

4. POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES: LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD

Conforme al párrafo primero del artículo 1.355, «podrán los cónyuges de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga». El precepto tiene la virtualidad de permitir a la voluntad conjunta de los cónyuges alterar el principio de subrogación real. Para la mayoría de los autores, la norma es una concreción del principio general de libertad de pactos entre las partes; para otros autores, quienes reconocen que estamos ante una manifestación más de la autonomía que tienen los cónyuges para configurar su sociedad de gananciales, la justificación última del precepto se encuentra en el trato legal de favor dispensado a la masa ganancial, de modo que no es consecuencia directa de la libertad de contratación entre cónyuges (54).

Aunque literalmente interpretada la norma sólo sería aplicable al supuesto de adquisición onerosa del usufructo mediante contraprestación privativa, cuyo carácter ganancial podrá ser determinado por acuerdo de los cónyuges, impidiendo el juego del artículo 1.346-3.º, entendemos posible su aplicación al usufructo constituido por reserva con ocasión de la enajenación de la nuda propiedad de un bien privativo (55), en que el carácter privativo del usufructo cederá ante el acuerdo voluntario de atribución de ganancialidad.

Por lo demás, se reproducen en esta materia los mismos problemas que con carácter general plantea el precepto: su ámbito de aplicación (56); si el

(54) En este sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad*. Madrid, 1986, págs. 83 y ss. 189, seguido por POVEDA BERNAL, «Consideraciones en torno al llamado "negocio jurídico de aportación" a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *RCDI*, mayo-junio, 1997, págs. 830 y ss.

(55) No puede decirse propiamente en caso de constitución del usufructo por reserva que la adquisición se verifica ni a título oneroso ni a título gratuito.

(56) Vid. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil», *RCDI*, n.º 559, 1983, págs. 1417 y ss., quien alude a tres posibles interpretaciones:

a) La que entiende el artículo 1355 como consagración de una libertad absoluta de los cónyuges para atribuir a los bienes que adquieran naturaleza ganancial, aunque pueda ser demostrada su naturaleza privativa.

b) La que considera que su sentido es rectificar la presunción de ganancialidad en casos dudosos.

c) La que entiende que la norma permite a los cónyuges optar por la calificación ganancial de un bien cuando su carácter no venga determinado por los artículos 1.346-1.347, que serían normas imperativas, sino que resulte de los artículos 1.354, 1.356, 1.357 y otros que serían dispositivas.

La primera de las interpretaciones es la más común a nivel doctrinal, vid. RAMS ALBESA, «La subrogación real en la sociedad de gananciales», *RDN*, julio-diciembre,

negocio adquisitivo debe concluirse o no por ambos cónyuges (57); el funcionamiento del acuerdo en un momento posterior a la adquisición (58); la procedencia del oportuno reembolso a la masa patrimonial disminuida cuando, por virtud del acuerdo, los bienes entren a formar parte de otra masa patrimonial distinta (59); la impugnación de la atribución cuando entrañe un perjuicio

1984, págs. 322-323; GIMÉNEZ DUART, «*Bienes privativos y gananciales...*», cit., pág. 135; DE LA CÁMARA, «*La autonomía de la voluntad...*», cit., pág. 118; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil*, II. Art. 1355, cit., pág. 667; MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Madrid, 1995, pág. 382; POVEDA BERNAL, *op. cit.*, pág. 830.

(57) Al respecto pueden confrontarse las opiniones de GIMÉNEZ DUART («*LOS bienes privativos y gananciales...*», cit., pág. 122) y RAMS ALBESA (*La sociedad de gananciales*, cit., pág. 174). En opinión del primero de los autores citados, basta con que el negocio sea realizado por uno sólo de los esposos manifestando su voluntad de atribuir al bien carácter ganancial, lo cual será consentido por el otro. RAMS ALBESA expone su crítica en los siguientes términos: se requiere «*que tal explicitación de voluntad sea conjunta de los dos cónyuges; no se trata, como propone GIMÉNEZ DUART, de una mera declaración, sino de la participación de ambos cónyuges en un negocio adquisitivo al que se adiciona un negocio de comunicación al modo germánico y el «común acuerdo» tiene los mismos límites de eficacia que la confesión de privatividad contemplada en el artículo 1.324 C.C.*».

(58) La mayoría de la doctrina lo considera posible, aunque se discute si en tal caso se concluye o no un verdadero contrato entre cónyuges. En varias resoluciones, la DGRN aborda la aplicación del párrafo primero del art. 1.355 en un momento posterior al de adquisición de los bienes, siendo su doctrina que, si bien no hay ningún obstáculo en atribuir carácter ganancial a los bienes en base al principio general de libre contratación entre cónyuges (art. 1.323), en tales supuestos no entra en juego el art. 1.355 (simple acuerdo de atribución), sino que se está ante un negocio dispositivo o traslativo entre cónyuges que exige la expresión clara de su causa: RDGRN 10 marzo 1989 —R.A. 2468— (atribución de carácter ganancial a una vivienda adjudicada en pago de su cuota privativa a uno de los cónyuges al efectuar la partición de la comunidad *pro indiviso*), RDGRN 26 octubre 1992 —R.A. 8552— (atribución de condición ganancial a la finca resultante de la agrupación de una ganancial y otra privativa y a la edificación realizada en la misma), RDGRN 11 junio 1993 —R.A. 5418— (pacto de atribución ganancial contenido en escritura de declaración de obra nueva realiza con fondos gananciales en finca privativa de uno de los cónyuges). Entre esos negocios o contratos con causa suficiente para producir el desplazamiento patrimonial, se encuentra el negocio de *aportación o comunicación de bienes a una comunidad no personalizada*, como categoría negocial autónoma y diferenciada, que precisa para su acceso registral, no sólo la concurrencia material de los requisitos necesarios para su validez y eficacia, sino su exacta especificación o determinación en el título inscribible (RDGRN 7 octubre 1992 —R.A. 8302— y 28 mayo 1996 —R.A. 4012—). Sobre la cuestión, vid. las reflexiones de CHICO ORTIZ, «*La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma*», *RCDI*, enero-febrero, 1993, n.º. 614, págs. 219-234 y POVEDA BERNAL, «*Consideraciones en torno al llamado «negocio jurídico de aportación»...*», cit., págs. 799 y ss.

(59) El precepto no deroga la regla general de reembolso contenida en el art. 1.358 en opinión de LACRUZ, *Elementos...*, IV-Iº, cit., pág. 403-404; CASTILLO TAMARIT, «*Aspectos parciales...*», cit., pág. 22; MARTÍNEZ SANCHIZ, *op. cit.*, pág. 401; DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV. Madrid, 1995, pág. 182; DE LOS MOZOS, *Comentario...*, XVIII-2, cit.; GAVIDIA, *op. cit.*, págs. 140-154; MARTÍN MELÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 224. Por

para acreedores y legitimarios (60); y, significativamente, su posible juego en sentido inverso, esto es, la atribución voluntaria de carácter privativo a bienes que merecerían, en principio, la calificación de gananciales.

Es esta última cuestión, la más controvertida. Frente reiterados pronunciamientos de la DGRN (61) y destacadas opiniones doctrinales en favor de esta

su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Comentario del Código Civil. Art. 1.355, cit.*, págs. 668-669) matiza la cuestión: cuando el acuerdo de atribución entre cónyuges se produce en el momento anterior o coetáneo a la adquisición, dependerá de la causa, siendo frecuente que en supuestos tales como la constitución de derechos de usufructo en favor de un cónyuge, realizada a costa del caudal común, pero privativo por acuerdo, la causa sea gratuita. Si el pacto se produce en un momento posterior, «*debe tener causa suficiente*», para que se opere la transferencia de un patrimonio a otro. Distinto es el parecer de GIMÉNEZ DUART, «*La adquisición...*», *cit.*, pág. 295-297, para quien, como regla no procederá el reembolso, salvo que el cónyuge titular de los fondos se reserve este derecho. No representan obstáculos a esta consideración, ni la no presunción de las liberalidades, pues «*no se trata de presumir una liberalidad sino de valorar un comportamiento como "tácita liberalidad"*»; ni el artículo 1.358, «*ya que el reembolso, como es lógico procede cuando la ley impone una calificación, no cuando ésta se produce por voluntad de los cónyuges*». A tal efecto, ilustra la cuestión refiriéndose al supuesto de «*venta de un bien privativo con reserva de usufructo por parte del vendedor "para sí y para su cónyuge con carácter conjunto y sucesivo"*. Prescindiendo del arduo problema de la ganancialidad o no del usufructo, lo claro es que la composición mental de los cónyuges debe ser muy similar en este caso y en el artículo 1.355. ¿Cree el lector que en el ánimo del vendedor queda la idea de que su cónyuge le "debe su parte de usufructo"?». Personalmente, nos cabe la duda de que, en tal caso estemos ante un negocio de atribución de la condición con la que el bien ingresa en la comunidad, en nuestra opinión, probablemente, lo que habrá en la mayoría de estos supuestos será una donación *inter vivos* entre cónyuges, aplazada al momento de la muerte del donante (usufructo sucesivo) o con eficacia actual (usufructo conjunto). En este último caso cabría plantearse, caso de adquisición conjunta y sin atribución de cuotas, la voluntad favorable de los cónyuges a la atribución de condición ganancial del cousufructo así adquirido, lo que la ley presume en el párrafo segundo del art. 1.355-2. También RODRÍGUEZ LÓPEZ («*Algunas cuestiones...*», *cit.*, pág. 1.323) observa, aunque desde la perspectiva de la legalidad anterior a 1981, que en los supuestos en los que el usufructo conjunto, en favor de ambos cónyuges, se constituye por reserva al enajenarse la nuda propiedad de bienes privativos, «*lo realmente pretendido es atribuir la titularidad no al otro cónyuge, sino más bien a la sociedad conyugal. El deseo no parece, pues, otro que el de ofrecer a dicha sociedad un título voluntario que refuerce el derecho legal al percibo de los frutos*».

(60) Así lo reconocen, LACRUZ, *loc. ult. cit.*; DE LOS MOZOS, *loc. ult. cit.*; RAMS ALBESA, «La subrogación real en la sociedad de gananciales», *RDN*, julio-diciembre, 1984, pág. 323; en contra, GAVIDIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 154 y ss; MARTÍN MELÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 224-225.

(61) La DGRN se manifiesta reiteradamente en este en favor de esta posibilidad: RDGRN 25 septiembre 1990 (R.A. 7153) en la que se exige que el «*negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía pese a su conjunción con el negocio atributivo) obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1.347-3º del Código Civil) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación en favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso a que se refiere el artículo 1.358 del Código Civil, etc.*»; doctrina confirmada en RDGRN 21 enero 1991 (R.A. 521). A nivel doctrinal, por la afirmativa se

posibilidad, doctrina especializada en el tema esgrime consistentes argumentos en contra (62).

IV. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA GANANCIAL DEL USUFRUCTO

Si de lo expuesto hasta ahora puede convenirse en las vías de acceso del usufructo a las diferentes masas patrimoniales que origina el régimen económico matrimonial de gananciales, no obstante, el alcance que merezca esta adscripción del usufructo al patrimonio ganancial no es una cuestión pacífica en la doctrina. La razón de ello radica en las diferentes líneas interpretativas

pronuncian: LACRUZ, *Elementos...*, IV-1.º, cit., pág. 408; CASTÁN y GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1987, pág. 413; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código...*, XVIII-2.º, cit., págs. 187-188 y 228-229; MARTÍNEZ SANCHE, «Casos dudosos...», cit., pág. 404; DE LA CÁMARA, «La sociedad de gananciales...», cit., págs. 429-431; GIMÉNEZ DUART quien en un primer momento se manifiesta en contra (vid. «Los bienes privativos...», cit., pág. 121), aceptando posteriormente esta posibilidad en «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge...», cit., págs. 294 y 298, en base a que «nada se opone, en sede de principios, a que uno pueda adquirir para su patrimonio fondos de otro, ya que el principio de subrogación real no es algo fatal e inexorable, sino una previsión legal dictada en beneficio de terceros (legitimarios y acreedores). Luego bastará con reconocer a los terceros que aleguen perjuicio (lo que normalmente requerirá la gratuidad de la atribución) la facultad de desconocer la «privatización» contraria al principio de subrogación real, sin necesidad de iniciar procedimiento rescisorio alguno de una transmisión Ínter cónyuges que no ha tenido lugar», les bastará con estimar el bien como ganancial para resarcirse con él del perjuicio sufrido, siempre que la privatización haya sido gratuita; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 668, para quien será frecuente la constitución de derechos en favor de un cónyuge, citando expresamente el derecho de usufructo, de modo tal que, a pesar de la procedencia ganancial del precio o contraprestación, el derecho adquirido tendrá por acuerdo de los cónyuges carácter privativo; GUILLARTE GUTIÉRREZ («La naturaleza de la actual sociedad de gananciales», *ADC*, julio-septiembre, 1992, pág. 919), partiendo de una configuración romanista de la comunidad ganancial estima que «la atribución por parte de un cónyuge para su sociedad de gananciales, de un bien anteriormente privativo, implica sencillamente la enajenación de la mitad de dicho bien pues la otra mitad le va a seguir perteneciendo. Tal transmisión será onerosa en función de que surja un derecho de reembolso ex art. 1358 o conste otro tipo de contraprestación. Y gratuita si no aparece tal contrapartida. Al contrario sucede con la declaración de privatividad de un bien que, conforme a las reglas del Código, hubiera de considerarse ganancial. En este caso, se produce la disolución de la comunidad proindiviso sobre ese concreto bien al concentrarse en un sólo propietario las cuotas que con anterioridad se encontraban diversificadas lo cual, a su vez, implica transmisión onerosa o gratuita de dicho bien por parte del cónyuge que en futuro permanecerá ajeno a la dominación del mismo.

(62) En este sentido destacan: RAMS ALBESA, «La subrogación real...», *RDN*, julio-diciembre, 1984, págs. 342 y ss.; GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad*, cit., págs. 87 y 127-134; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de familia*, Madrid, 1987, págs. 224-225 y 236-237; MARTÍN MELÉNDEZ, op. cit., págs. 388-389; POVEDA BERNAL, op. cit., págs. 828 y ss.

que existen en torno a la transmisibilidad del derecho de usufructo. Por ello, al poner en contacto los preceptos del Código que delimitan la composición de cada una de las masas patrimoniales en la sociedad de gananciales y las normas reguladoras del usufructo, la resolución de un problema resulta previo a la calificación de este derecho como bien privativo o ganancial: el alcance que deba darse a la posibilidad de disposición del usufructo prevista en el artículo 480 del Código Civil y el posible juego de la norma que consagra la privatividad, en todo caso, de los derechos patrimoniales intransmisibles *inter vivos* (art. 1.346-5.º)

1. LA DISPOSICIÓN DEL DERECHO DE USUFRUCTO COMO DETERMINANTE DE SU COMUNICACIÓN GANANCIAL

El artículo 1.346-5.º del Código Civil señala: «*Son privativos de cada uno de los cónyuges: 5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos*». La intransmisibilidad, como expresión de la adherencia del bien a la persona de su titular, excluye su comunicación ganancial, aun cuando el mismo sea susceptible de valoración económica.

En esta misma sede, dedicada a lo que sean bienes privativos o comunes en la sociedad de gananciales, hay un precepto referido al usufructo, el artículo 1.349: «*El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales*»

La primera de estas normas remite, pues, al régimen jurídico de cada bien o derecho en cuanto a su disponibilidad. El derecho de usufructo, tradicionalmente, fue concebido como personalísimo de su titular, carácter que justificaba, en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico (Ley 24, Título 31, Partida 3), su intransmisibilidad, sólo se admitió la disposición de su ejercicio. En el mismo sentido, la Ley Hipotecaria de 1861 contemplaba como posible objeto de la hipoteca, no el derecho de usufructo en sí, sino «*el derecho a percibir los frutos en el usufructo*».

En la actualidad, y desde la promulgación del Código Civil, el régimen positivo de la disponibilidad del derecho de usufructo se encuentra en varios preceptos:

Artículo 480 del Código Civil: «*Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán*

al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola» (63).

Artículo 498 del C.C.: «El usufructuario que enajenare o diere en arriendo su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya» (64).

Artículo 107-1º de la Ley Hipotecaria: «Podrán también hipotecarse: 1º. El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad de usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin» (65).

No obstante el tenor literal de tales preceptos («enajenar, hipotecar el derecho de usufructo»), sigue siendo hoy una cuestión abierta cuál sea el verdadero objeto de la transmisión: si *el derecho*, la titularidad jurídico real, o su *contenido*, las facultades singulares derivadas del usufructo, el mero ejercicio; cuestión que, como se ha indicado, no constituye «sólo una discusión teórica. Determinar si se trata de cesión del derecho mismo o sólo de su ejercicio influye en la naturaleza jurídica del derecho que adquiere el cesionario, pudiendo ser en un caso real y en otro personal, lo que justificará

(63) Rompe nuestro Código, al aludir a la enajenación del *derecho* de usufructo, la tradición anterior, siguiendo de cerca la orientación del artículo 595.1 del *Código Civil* francés: «L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à bail à un autre, même vendre ou céder son droit à titre gratuit». De distinto modo, se plantea la evolución de la cuestión en Italia. El *Código* de 1865, recogiendo la tradición romanista, regulaba la cesión del solo ejercicio: «L'usufruttuario può cederé per qualsivoglia titolo oneroso o gratuito l'esercizio del suo diritto». La orientación cambia con el actual *Código Civil* de 1942, cuyo artículo 980 toma partido expresamente por la cesión del *propio derecho*: «L'usufruttuario può cederé il proprio diritto per un certo tempo o per tutta la sua durata, se ciò non é vietato dal titolo costitutivo». Da buena cuenta de esta evolución, PUGLIESE, *op. cit.*, págs. 375 y ss.

(64) No encuentra este precepto su homólogo en *Código Civil* francés, donde no se alude a la responsabilidad del usufructuario cedente. Algunos autores no se pronuncian sobre la cuestión: LARROUMET, *op. cit.*, págs. 272-273; otros en cambio estiman que por el hecho de la cesión el usufructuario primitivo no queda liberado de sus obligaciones hacia el nudo propietario, respondiendo del abuso cometido por el cesionario (vid. RIEG, *op. cit.*, pág. 11) o quedando como garante frente al nudo propietario de las indemnizaciones debidas por el cesionario (MAZEAUD Y CHABAS, *op. cit.*, pág. 403). El vigente *Código Civil* italiano (párrafo 2º del art. 980) condiciona la subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente a la notificación de la cesión al nudo propietario: «La cessione dev'essere notificata al proprietario; finché non sia stata notificata, l'usufruttuario é solidamente obbligato con il cessionario verso il proprietario».

(65) Precepto introducido por la reforma hipotecaria de 1909, y que se recoge sin alteración en su tenor literal en la Ley Hipotecaria de 1946.

una diversidad de trato jurídico» (66). Tanto una como otra posición cuentan con el beneplácito de autorizados valedores.

Es, sin duda, ROCA SASTRE (67) uno de los más destacados defensores de la intransmisibilidad del usufructo (68), en razón del carácter personalísimo del derecho. En su opinión, sólo cabe admitir la cesión del contenido económico de este derecho, del derecho a percibir los frutos: «El usufructo "no es comunicable ni transmisible". El usufructuario podrá enajenar y hacer de su derecho lo que estime conveniente, pero la titularidad del usufructo siempre permanecerá atribuida a él». Entre las razones que justifican su posición destacan:

1.º La subsistencia de la responsabilidad del usufructuario cedente en base al artículo 498: «El hecho de que, a pesar de la enajenación, el usufructuario deba responder de la conducta del cesionario es prueba evidente de que no existe verdadera transmisión. Esta debe producir una subrogación perfecta de titularidad,

(66) Así lo pone de manifiesto AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «El principio de subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente del artículo 498 del Código Civil», *RDP*, 1992, pág. 326. Ha sido la doctrina italiana la que ha dedicado especial atención a las consecuencias que se derivan de la cesión del derecho por contraposición a la cesión del mero ejercicio, vid., en especial, VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, II, cit., págs. 666 y ss. y PUGUESE, *op. cit.*, págs. 385 y ss.; PALERMO, *op. cit.*, págs. 126 y ss.; QUARANTA-PREDEN, *op. cit.*, págs. 336 y ss.; BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XI-1.º, dir. por Cicu Y MESSINEO, Milano, 1979, págs. 148 y ss.

(67) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, VII. Barcelona, 1998, págs. 422-423.

(68) Esta es también la opinión de BELTRÁN DE HEREDIA («Usufructo sobre usufructo en la legislación española», *RDP*, 1941, págs. 299), quien, a propósito del artículo 480 escribe «no se ve qué es lo que entienda este artículo cuando dice "enajenación del derecho", si no es otra cosa que el simple ejercicio del derecho, como se admitió tradicionalmente». En consecuencia, se defiende que cuando la Ley Hipotecaria alude a la hipoteca del derecho de usufructo, lo único hipotecable es la facultad de disfrute. Coincidentemente, GARCÍA CANTERO (*Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993. Art. 498, págs. 1327-1328) rechaza que la cesión del usufructo constituya al cesionario en usufructuario, «sólo será usufructuario ante el cedente y no ante el nudo propietario; erga omnes titular del disfrute es el usufructuario primitivo, aunque «inter partes» el cesionario puede hacer valer ante el cedente su cualidad de usufructuario. Otra interpretación conduce a un injustificado reforzamiento de la posición jurídica del nudo propietario que podría exigir responsabilidad a dos sujetos diversos.» En fechas más recientes, ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ («La intransmisibilidad del usufructo en Derecho romano y el artículo 480 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor MENÉNDEZ*, IV. Madrid, 1996, págs. 5013) se adhiere a esta línea de interpretación del artículo 480. Después del análisis de los textos de los jurisconsultos romanos y de las Partidas, concluye afirmando el autor que «la tradición romana y romanística sigue aún latente», pues nuestro Código Civil, aun partiendo de la transmisión de la titularidad del derecho de usufructo, no llega en sus resultados prácticos más allá de los alcanzados por el Derecho romano, permitiendo sólo la cesión del ejercicio.

debiendo quedar completamente desligado el transmitente de los hechos posteriores que afecten al derecho cedido y, en cambio, es claro que el usufructuario no desaparece de la escena jurídica y no queda enteramente desligado del usufructo, en una palabra, que continúa siendo tal usufructuario, si bien con el usufructo vacío de contenido económico («commodum») (69). El precepto, además, con los términos en que se expresa, confirma que no se trata de una verdadera transmisión del derecho: en lugar del término *adquirente*, el legislador alude a «la persona que sustituya al usufructuario».

2.º El carácter, en su opinión, esencialmente vitalicio del usufructo, que impide su transmisión hereditaria aunque se haya constituido por tiempo determinado o sujeto a condición (70).

3.º La continuidad de las garantías prestadas por el usufructuario: la fianza primitiva no se extingue a pesar de la cesión: «si el usufructo fuera perfectamente transmisible, ¿qué se haría de la fianza constituida? Lo lógico sería cancelarla y que el nuevo usufructuario prestara nueva fianza, pero ninguna legislación ha llegado a permitir este cambio de caución, sino que la primitiva fianza continúa afecta a las responsabilidades que garantiza y que directamente asume el usufructuario que la constituyó» (71).

La mayor parte de la doctrina, por el contrario, defiende la transmisibilidad del mismo derecho de usufructo (72), como lógica consecuencia de la

(69) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. et loc. ult. cit.*

(70) En el mismo sentido, CARRETERO GARCÍA, *Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de julio de 1975*, cit., pág. 1453.

(71) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *ibidem*.

(72) Además de los autores que se citan en la nota siguiente, destacan: VALVERDE (*Tratado de Derecho Civil Español*, II. Madrid, 1910, pág. 432 y 442): «El usufructo, después de publicado el Código Civil, no es un derecho personalísimo, como lo era por el derecho anterior, sino que es transmisible, pues el art. 480, permite la enajenación de aquél, con lo cual estimo, que ha hecho bien el Código, pues siendo el usufructo un derecho, es lo natural que sea transmisible, aunque es claro, que el que compre dicho usufructo, no ha de tenerle ni más tiempo, ni con más alcance que el que tenía el usufructuario, ya que nadie puede dar más que lo que tiene». SCAEVOLA (*Código Civil*, IX. Madrid. 1948, pág. 381): «En la actualidad, la concesión o establecimiento de un usufructo crea un elemento patrimonial del usufructuario. Subsiste lo esencial, que es la personalización del derecho real y su definición en el tiempo, subordinado en su máxima subsistencia a la vida del favorecido; pero en tanto el derecho real viva, como tal patrimonio, se admite su librecomunicación, su amplio comercio en cualquiera de las formas de administración o disponibilidad restringida, reflejada en los contratos de arrendamiento, transmisión o gravamen» (págs. 303-304). Más adelante en relación con la subsistencia de responsabilidad del usufructuario escribe: «Dimana esto del carácter predominantemente personal que tiene la institución usufructuaria, en virtud de cuyo carácter se entiende que el derecho de disfrute se ha cedido, ya por presunción tácita de

superación del carácter eminentemente familiar y alimentario que la institución tuvo en sus orígenes y de su progresiva patrimonialización. La réplica se suele realizar en los siguientes términos:

1.º La presencia del primitivo usufructuario en el ámbito de la responsabilidad responde a un reforzamiento de la posición del nudo propietario, que no interviene en ningún momento en la cesión (73).

la ley, tratándose del usufructo legal, o ya por motivos particulares, en vista de la persona del usufructuario». DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, I. Madrid, 1959, pág. 477. MADRIDEJOS SARASOLA («LOS derechos personalismos», RDP, 1962, págs. 281-282), niega el carácter personalísimo del derecho de usufructo, entre otras razones, por su transmisibilidad, sin que a ello se oponga la subsistencia de la responsabilidad del usufructuario que explica, como lo hace DE CASTRO, distinguiendo entre la relación usufructuaria y el derecho de usufructo: puede transmitirse éste y conservar aquélla. MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, «El usufructo testamentario...», cit., pág. 547. MANRESA (*Comentario al Código Civil español*, V, Madrid, 1972, pág. 510) admite la transmisibilidad del derecho de usufructo en base al art. 480, sin que la subsistencia de la responsabilidad del cedente le merezca mayor comentario. PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, III-2.º. Barcelona, 1979, págs. 322-323) quien, a propósito del artículo 480 escribe: «No es insólito el caso de un derecho en el que se incluyen facultades que incluso desnaturalizan su propia razón de ser; lo decimos, no por la posibilidad de que el usufructuario enajene su derecho, sino por el hecho de que tenga reconocida la posibilidad de hacerlo a título gratuito». El autor justifica la subsistencia de la responsabilidad del usufructuario, tanto en el caso de la cesión de su derecho como del arrendamiento de la cosa usufructuada, por la necesidad de salvaguardar la «integridad de la «res corporalis».... Por ello, puesto que el nudo propietario se halla en situación expectante tanto en uno como en otro caso y porque la conservación de la cosa corporal objeto de su derecho tiene tan supremo interés que aconseja mantenerlo respaldado por la misma garantía, cualquiera que sea el negocio jurídico celebrado por el usufructuario, establece el Código, en el art. 498, la expresada regla...». CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, II-2.º, Madrid, 1988, págs. 45-50. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, III. Madrid, 1995, págs. 878-879. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil Español*, III. Barcelona, 1982, pág. 306-309. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho reales*, II. Madrid, 1987, pág. 27. LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, 111-2.º, Barcelona, 1991, pág. 36) entiende que «en la enajenación onerosa o gratuita del usufructo hay algo más que una cesión de su ejercicio: las obligaciones y los derechos nacen directamente en contra o a favor del cesionario, nuevo usufructuario,... y liquidará con el nudo propietario todos los daños, deterioros y reparaciones al acabar el (su) usufructo, siquiera sea con la responsabilidad adicional (subsidiaria) del cedente». O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, III. Madrid, 1997, págs. 264 y 270.

(73) Son varios los autores que se pronuncian en este sentido: ORTEGA PARDO («La hipoteca del usufructo y su extinción», RDP, 1946, págs. 824 y 825) quien a propósito de la subsistencia de responsabilidad del primer usufructuario señala: «esto no se hizo para demostrar la inalienabilidad del usufructo, que está, sin ningún género de duda, rechazada por el precepto legal (se refiere al art. 480), sino para favorecer a una persona que nada tiene que ver en esa enajenación, y que de no tomarse esas garantías podría verse lesionada en sus derechos. Lo personalísimo en el usufructo es, pues, la relación entre nudo propietario y usufructuario, no el derecho de usufructo en sí, que puede enajenarlo o cederlo el primer usufructuario a un tercero; pero como en la relación que

2.º El carácter vitalicio del usufructo, no es en nuestros días un atributo esencial, sino natural del usufructo. Es generalizada la opinión que considera admisible la no extinción del usufructo por muerte del usufructuario, si así se estableció por pacto expreso, explícito o implícito, señalando un plazo de duración del usufructo (74).

3.º En cuanto a la continuidad de la fianza prestada por el cedente se señala que «no es un argumento apodíctico; entre otras razones, porque sólo sería aplicable a los usufructos en que no hubo

surge no interviene el nudo propietario, no debe sufrir perjuicio en sus intereses derivado de ella, a la que es ajeno.... Es cierto que no es correcta la separación de responsabilidad y titularidad; pero más que criticar esto, debe la crítica dirigirse a lo que es causa de ese efecto, y no negar la consecuencia por el resultado, como se pretende, aunque sea todo lo paradójico que se quiera el resultado». DORAL (Comentarios al Código Civil..., VIII-1.", cit, pág. 269), después de exponer los argumentos en contra de la transmisibilidad entiende que no son concluyentes: «personalmente entiendo que el usufructo es transmisible con una transmisión limitada por el «título» mismo del usufructo... En los casos en que es intransmisible se debe no a razones institucionales, sino a las circunstancias del título o, si se quiere, del titular». No es razón contraria a la disponibilidad del derecho la persistencia de la responsabilidad pues «el artículo 498 funda la responsabilidad no en una cualidad personal o basada en circunstancias subjetivas —fiducia—, sino en circunstancias objetivas. El centro hermenéutico es el daño. La especialidad estriba en el carácter solidario del abono de gastos, que enlaza al usufructuario y al adquirente o sustituto». MARÍN GARCÍA DE LEONARDO («Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario», ADC, 1989, págs. 857 y ss.) defiende, apoyándose en las opiniones de SÁNCHEZ ROMÁN Y CASTÁN TOBEÑAS, la transmisión del derecho de usufructo, no simplemente de su ejercicio, sin que la subsistencia de responsabilidad prevista en el artículo 498 sea suficiente para negar esta consideración: «una cosa es la libre disposición que del usufructo se otorga al usufructuario y otra distinta la subsistencia de la responsabilidad del mismo respecto del propietario». Más adelante expone que la presencia del primitivo usufructuario en el ámbito de la responsabilidad «tal vez se explique, además de por el doble plano real y obligacional del derecho de usufructo, por la intención de reforzar la posición del nudo propietario que, en definitiva, no contrató con el tercero». PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ («La enajenación del usufructo y el Código Civil», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, II. Madrid, 1990), quien en esta línea de evitar perjuicio al nudo propietario, sigue el planteamiento de DE CASTRO Y ORTEGA PARDO en cuanto a la distinción entre relación usufructuaria y derecho de usufructo: «El usufructuario responde porque, por la enajenación del derecho, no ha desaparecido de la relación usufructuaria que le une al nudo propietario». AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, op. cit., págs. 334-335, para quien la «responsabilidad del artículo 498 es un refuerzo de la posición del propietario»; precepto que puede quedar sin efecto (o bien ser ampliado o reducido su alcance) en función de lo dispuesto en el título constitutivo (artículo 470 C.C.). También en favor de la transmisibilidad y, en esta misma línea de explicación de la subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente, vid. CLEMENTE MEORO en *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coord. por LÓPEZ Y LÓPEZ y MONTES PENADES. Valencia, 1994, págs. 463-464.

(74) Recientemente, GUTIÉRREZ JEREZ, *El legado de usufructo en el Derecho civil común*, cit., defiende, en base al art. 480 del C.C. la disposición del derecho de usufructo no sólo en actos «inter vivos», sino también «mortis causa».

dispensa de fianza, a menos de concluir que sólo son transmisibles los usufructos sin fianza, lo que parece ilógico» (75).

4.º Finalmente, en favor de la alienabilidad del derecho de usufructo, se alega la hipotecabilidad del mismo (art. 107.1 LH), en cuanto que: «1.º Generalmente en la ley va pareja la posibilidad de enajenar con la de gravar. 2.º El hipotecarlo es someter el usufructo a la eventualidad de ser enajenado (para con su precio hacerse pago el acreedor insatisfecho, cuyo crédito se garantizó con aquella hipoteca), razón por la que las cosas hipotecables han de ser enajenables» (76).

2. TRANSMISIBILIDAD DEL USUFRUCTO Y GANANCIALIDAD: SOLUCIONES PROPUESTAS

A la vista de ello, se hace necesaria una toma de posición al respecto pues, afirmado el carácter intransmisible del derecho de usufructo, éste entraría de lleno en el ámbito del artículo 1.346-5.º del Código Civil; por el contrario, ningún obstáculo habría para su comunicación ganancial de considerar disponible el derecho de usufructo en sí mismo considerado. De hecho, al analizar las relaciones entre usufructo y sociedad de gananciales, dos han sido las posiciones adoptadas, dependiendo del alcance que se le otorgue a la *cesión* del usufructo autorizada por el artículo 480.

2.1. *La privatividad ex artículo 1.346-5.º: la distinción entre titularidad y contenido económico.*

Desde la perspectiva de quienes consideran que sólo es posible la transmisión del mero ejercicio del usufructo, se ha distinguido entre titularidad del derecho de usufructo y su contenido económico. La primera, intransmisible, implica que la condición de usufructuario, por su carácter personalísimo e intransferible, sería siempre del cónyuge en cuyo favor se constituya el derecho, aun cuando lo haya sido a costa del caudal común (en el sentido amplio, de ser adquirido con cargo a los fondos comunes o por reserva al enajenar bienes gananciales), en base al artículo 1.346-5.º C.C.; el segundo, ganancial.

La privatividad queda reducida exclusivamente a la titularidad, incommunicable respecto de la masa ganancial. La intransmisibilidad del derecho implica que la condición de usufructuario, adquirida vigente el régimen económico de gananciales y aun a costa del caudal común, no se comunica al cónyuge

(75) Así se expresa DORAL GARCÍA, op. cit., pág. 269.

(76) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, III, cit., pág. 307, nota 4.

del usufructuario. Tal derecho es, por tanto, privativo del cónyuge adquirente. Bien entendido que esta privatividad no impide que el rendimiento económico resulte atraído a la masa consorcial, conforme al principio general de que los frutos o rentas de los bienes privativos son gananciales (art. 1.347-2.º C.C.); posición que resulta confirmada por lo dispuesto en el artículo 1.349 del Código Civil, el cual, en opinión de estos autores, explícitamente excluye de la comunicación ganancial al derecho de usufructo adquirido a título oneroso a costa del caudal común.

Esta ha sido la posición, antes de la reforma de régimen económico matrimonial de 1981, mantenida por VALLET DE GOYTISOLO (77) y CARRETERO GARCÍA (78). Después de esta fecha, y con la introducción del número 5º del artículo 1.346, GIMÉNEZ DUART (79) se manifiesta partidario de aplicar este precepto, pues si «*lo que el usufructuario puede transmitir es el derecho a percibir los frutos, más no el usufructo en sí, habremos de concluir que el usufructo será siempre privativo con independencia de la causa de su atribución, o común, si fue adquirido por ambos cónyuges, más no en régimen de comunidad germánica, sino en régimen de cousinguato (privativo-parafernial) con subsiguiente aplicación del artículo 521*». Añade el autor que, «*de prevalecer, no obstante, la tesis favorable a la ganancialidad habrá que distinguir, como mínimo, en los supuestos en que el derecho sea adquirido por un cónyuge, entre la titularidad material (el valor económico), que será ganancial y la titularidad formal, que al corresponder al cónyuge adquirente determinará que el derecho se extinga con su muerte*» (80).

Del mismo modo, este autor, al comentar las Resoluciones de la DGRN de 21 de enero de 1991 y de 25 de febrero de 1993 (81) señala que «*tratándose de usufructo es totalmente indiferente su carácter ganancial o privativo; dicho en otros términos: las ideas de privatividad o ganancialidad no son predicables del usufructo dado su carácter personalísimo, tal como, para el*

(77) VALLET DE GOYTISOLO, «*Las ventas con reserva de usufructo...*», cit., pág. 953; y, de manera más clara, en el recurso que autor interpone y motiva la Resolución de 15 de abril de 1980, cit., págs. 403-404 y 414-415, donde sostiene que el antiguo art. 1403.1º (que se corresponde en lo esencial con el actual art. 1349) constituye una clara excepción a la calificación como gananciales de los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, «*explicable por el carácter personalísimo, «intuitu personae»*», del derecho de usufructo.

(78) Comentario a la Resolución de 10 de julio de 1975, cit., pág. 1546.

(79) «*Los bienes privativos y gananciales...*», cit., págs. 126-127.

(80) Critica esta forma de proceder MARTÍNEZ SÁNCHEZ («*Casos dudosos...*», pág. 396-397): «*constituye una distinción bastante artificial entre titularidad privativa y contenido económico ganancial, que de forma casi mágica salva la comunidad, al incluir en ella el contenido y excluir la titularidad que no siendo ganancial, sin embargo, no queda sustraída por completo a la aplicación del régimen*».

(81) GIMÉNEZ DUART, respectivamente, en *La Notaría. Boletín informativo del Colegio Notarial de Barcelona*, febrero 1991 y marzo 1993.

Derecho alemán han defendido GIERKE y KOHLER. Sólo en los casos excepcionales en que el usufructo se construye como temporal cabrá atribuirle uno u otro carácter» y, más adelante, indica: «conformémonos con pensar que el usufructo ganancial es una especie a extinguir a la vista del artículo 1.346-5." C.C.».

También VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA (82), a propósito del artículo 1.349, realiza las siguientes consideraciones: «las pensiones y los usufructos, qué duda cabe que integran el grupo de los llamados derechos personalísimos, de manera que si uno de los cónyuges es titular de alguna de estas especies no puede sino constituir un bien privativo tal y como la ley estatuye..., entendemos que la norma es aplicable para la situación de pre-nupcialidad, aunque nada impide su aplicación para el supuesto de que tales derechos fueren adquiridos por uno de los cónyuges constante matrimonio; también en este caso los bienes pasarían a integrar el grupo de los privativos, aunque en este caso el legislador ha aclarado que los frutos, pensiones, intereses devengados durante el matrimonio serán bienes gananciales».

No obstante, así contempladas las cosas —privatividad del usufructo *ex* artículo 1.346-5.º—, los resultados a los que se llega, desde el mismo punto de partida, no son coincidentes. Puede observarse, al examinar las consecuencias que se hacen derivar de la privatividad del usufructo, lo que se ha dado en llamar una *privatividad plena* y una *privatividad «sólo a medias»* (83), debido al diferente tratamiento y alcance que se otorga, durante la vida del consorcio y a su disolución, al carácter ganancial del contenido económico del usufructo.

Esta segunda forma de comprensión de las relaciones entre usufructo y sociedad de gananciales es una articulación que recuerda la consagrada distinción doctrinal francesa entre el título y el *emolumentum*, ampliamente utilizada cuando se aborda el estudio de las participaciones sociales en sociedades de impronta personalista adquiridas por uno de los cónyuges. Conforme a esta construcción, como señala CADARSO PALAU (84), la armonización de los intereses en juego se realiza «a base de una escisión que se opera en el bien mismo»: es ganancial todo lo que de él es transmisible (en nuestro caso, el contenido económico del usufructo) y privativo lo que tiene de intransmisible (aquí, la condición de usufructuario).

a) Vigente la sociedad de gananciales. Desde la óptica de una privatividad estricta, el usufructo pertenecerá a uno sólo de los cónyuges o a ambos, sin que se produzcan interferencias por el hecho de que su titular

(82) *Régimen económico del matrimonio*, cit., págs. 205-206.

(83) Terminología utilizada por CADARSO PALAU, *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, cit., págs. 90 y 94.

(84) *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, cit, págs. 94-98 y 120.

o titulares tengan como régimen económico el de gananciales. El ingreso en la masa consorcial del *emolumentum* derivado del usufructo en nada desvirtúa la privatividad del derecho ni su caracterización como intransmisible, pues su ganancialidad deriva del artículo 1.347-2.º del Código, conforme al cual los frutos y rentas producidos por bienes privativos son gananciales. Por tanto, esta consorcialidad del rendimiento económico del usufructo tendrá lugar en tanto dure la comunidad conyugal, no después, ni en el estado de indivisión que se produce entre la disolución y liquidación. Consecuentemente, los actos de administración, la transmisión del ejercicio del derecho o la renuncia corresponden exclusivamente al cónyuge usufructuario; la reunión del usufructo y la nuda propiedad en la persona de uno de los cónyuges origina la extinción del derecho de usufructo por consolidación, aunque ésta se haya operado por adquisición onerosa, a costa del caudal común, del derecho real limitado que pesaba sobre una finca privativa de alguno de los cónyuges (85).

Separando claramente titularidad y contenido económico el planteamiento deja de ser tan diáfano. La incorporación a la masa común que en este caso se realiza del *emolumentum* desnaturaliza la concepción personalísima e *intuitu personae* que se mantiene del usufructo y la consiguiente independencia que, en cuanto a su gestión y disposición, comporta su titularidad privativa. Ha sido fundamentalmente VALLET DE GOYTISOLO (86), quien llevando el carácter ganancial del *emolumentum* a sus últimas consecuencias en este momento realiza las siguientes precisiones en cuanto al régimen que deben seguir los actos de disposición y renuncia del usufructo:

- En cuanto a la disposición, puesto que se parte de que sólo es posible disponer (enajenar o gravar) el contenido económico o patrimonial del derecho, y dado que de éste es predicable el carácter ganancial, se requiere el consentimiento del cónyuge no usufructuario para realizar tales actos.
- La renuncia al derecho, en cambio, como acto de disposición que comporta no sólo desprenderse del contenido económico sino también de la titularidad, se entiende como una facultad personalísima del usufructuario, de ahí que su realización no requiera del consentimiento del cónyuge del usufructuario. Ahora bien, en el momento de liquidación de la sociedad conyugal, se puntualiza que deberá tenerse en cuenta la cuantía del contenido patrimonial inherente.

(85) GIMÉNEZ DUART, *La Notaría*, marzo, 1995, págs. 176 y 177; no se pronuncia el autor sobre la procedencia o no de reembolso a la masa común de los fondos empleados en la adquisición del usufructo.

(86) Así, VALLET, en la motivación del recurso que dio lugar a la Resolución de 15 de abril de 1980 (ADC, 1980, pág. 404)

b) En el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, los efectos se contemplan desde la perspectiva de la disolución del consorcio por muerte de uno de los cónyuges.

- Si la disolución se opera por muerte del cónyuge titular privativo del usufructo, la extinción del usufructo impide su inclusión en la masa ganancial.
- Si la disolución tiene lugar por muerte del cónyuge no usufructuario o *inter vivos*, desde la óptica de la plena privatividad, no habrá lugar a atribución alguna del usufructo ni de su ejercicio (87), con independencia de que proceda hacer efectivo el reembolso del valor líquido actualizado si su adquisición se verificó a costa del patrimonio ganancial; desde la otra perspectiva de contemplación de la privatividad del usufructo, el carácter personalísimo de este derecho no impide, a juicio de VALLET, que como valor patrimonial perteneciente a la sociedad de gananciales sea liquidado con ella. Ahora bien, no se trata simplemente de colacionar un «valor» en la liquidación, permaneciendo el derecho y su ejercicio en el cónyuge usufructuario, sino de adjudicación del usufructo o, en términos más acordes y precisos con el carácter intransmisible del derecho de que se parte, de su ejercicio a los herederos. Así parece deducirse de lo que señala a continuación: «la única particularidad que se dará es que la vida del viudo señalará el término final de duración de dicho derecho, y que frente al nudo propietario, la responsabilidad por razón del disfrute seguirá siendo del propio esposo vendedor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 498 del Código Civil» (88).
- Tratándose de un usufructo conjunto, en favor del ambos cónyuges, adquirido a costa del caudal común o reservado con ocasión de la disposición de un bien ganancial, la trascendencia en orden a la liquidación del acrecimiento en favor del cónyuge superviviente *ex artícu-*

(87) Esta parece ser la opinión de GIMÉNEZ DUART («La Notaría», marzo, 1993, *cit.*), quien, comentando las resoluciones de la DGRN de 1975 y 1979, señala «si el hecho del acrecimiento *ex lege* dispensaba de la adjudicación, previa liquidación de gananciales, más debía dispensar el hecho de «continuar siendo usufructuario» sin necesidad de acrecimiento, que es lo que sucede cuando el cónyuge sobre cuya vida se ha constituido el usufructo es el que sobrevive». También la de VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA, *op. cit.*, pág. 206: «El efecto notorio es que ni tales usufructos, ni tales pensiones, que son bienes privativos, entran jamás en la masa común para la atención de la cargas matrimoniales y el ulterior reparto de ganancias».

(88) VALLET, «Las ventas...», *cit.*, pág. 956; solución ésta a la que se llega también desde la consideración ganancial del usufructo y su posible inclusión «*in natura*» en la liquidación, donde una eventual adjudicación a los herederos del cónyuge premuerto no alteraría la duración del derecho (art. 480 C.C.) ni eliminaría la responsabilidad del primitivo usufructuario (art. 498 C.C.).

lo 521 no concita una misma posición. A juicio de VALLET DE GOYTISOLO, este acrecimiento no impide que «el valor del contenido patrimonial del usufructo que acrece deba tenerse en cuenta, tanto a efectos del cómputo de los derechos legitimarios que procedan como de su imputación a la cuota legal usufructuaria del cónyuge supérstite, en su caso, según resulte del testamento del premuerto y de la cuantía de su haber en relación al usufructo acrecido al supérstite» (89). GIMÉNEZ DUART (90), por el contrario, entiende que el usufructo vitalicio conjunto no es ganancial o privativo sino simplemente «común», con un destino que obvia por innecesaria la liquidación del mismo «en cualquiera de los casos», salvo, lógicamente, que no sea vitalicio..., nos hallamos ante un cónyuge, el sobreviviente, que hace suyo todo el «caudal común». ¿Qué ocurre, por ejemplo, con los legitimarios del cónyuge premuerto? La respuesta es sencilla: el usufructo acrecido al otro cónyuge no se computa para el cálculo de las legítimas, puesto que, respecto del premuerto, es un derecho que se ha extinguido» (91).

2.2. La comunicación ganancial del usufructo: su alcance

Desde otra perspectiva, presupuesto el carácter disponible del derecho de usufructo en sí mismo considerado, la ganancialidad o privatividad serán predicables, según los casos, del derecho unitariamente considerado, con independencia de que los frutos o rendimientos económicos, como los de cualquier otro bien o derecho, sean gananciales (arts. 1.347-2.º y 1.349 C.C., precepto éste último interpretado ahora como una concreción o ejemplificación de las normas generales contenidas en los arts. 1.346 y 1.347, sin que contenga excepción alguna a lo establecido en ellas).

Este es, como hemos podido comprobar, el planteamiento, expreso en unos casos y presupuesto en otros, de la DGRN y también el de algunos autores que, con cita de alguno de estos pronunciamientos del Centro Directivo, concretamente, las Resoluciones de de 31 de enero de 1979 y 15 de abril de 1980,

(89) VALLET, «Las ventas con reserva de usufructo...», referencia añadida cuando recoge este trabajo en *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*. Madrid, 1980, pág. 452.

(90) *La Notaría*, febrero, 1991, cit.

(91) Sigue indicando el autor que «esta solución es mucho más lógica de lo que a primera vista pudiera parecer, pues el negocio constitutivo del usufructo, en la relación entre cónyuges, es de carácter aleatorio y, por ello mismo, oneroso, no gratuito. El consorte premuerto ha hecho un mal negocio (aparte de morir), pero un negocio oneroso cuyo infeliz resultado afecta de lleno a sus legitimarios».

afirman el carácter ganancial del usufructo adquirido a costa del caudal común cuando abordan el estudio de los artículos 1.346-5.º y 1.349 (92).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse tanto en relación con la disposición del derecho de usufructo, como en orden a su comunicación a la sociedad de gananciales, en sentencias relativamente recientes, afirmando, de manera más evidente en unas que en otras, la disponibilidad, incluso forzosa, y el carácter ganancial del mismo derecho de usufructo:

Sentencia de 20 de mayo de 1992 (R.A. 4916). Usufructo testamentario: con ocasión de precisar el momento en que se produce la consolidación del dominio en el nudo propietario, reconoce el Tribunal Supremo que tuvo lugar al fallecer la usufructuaria vitalicia quien, treinta y dos años antes de su muerte, había enajenado onerosamente su derecho de usufructo en favor de dos personas, *«que obviamente tenía forzosamente la limitación temporal a la vida de la usufructuaria instituida»*.

Sentencia de 13 de abril de 1993 (R.A. 3000). Usufructo constituido en favor, única y exclusivamente de la esposa por vía de reserva al vender la nuda propiedad de un inmueble ganancial. Se embarga por deudas de ambos cónyuges, ante lo cual la usufructuaria interpone tercería de dominio, entre otras razones, por considerar que el usufructo reservado le correspondía en exclusividad. El Tribunal Supremo rechaza el recurso porque a la reserva que la actora *«manifestó que hacía, en su favor, del usufructo exclusivo del chalet, no puede atribuírsele eficacia alguna, pues siendo ganancial dicho usufructo, la adjudicación del mismo a uno sólo de los cónyuges hubiera requerido la previa liquidación de la sociedad de gananciales, que no consta se haya practicado, aparte de que siendo ella también deudora, como ya se ha dicho, no se alcanza a comprender la razón por la que no podía serle embargado el usufructo, aunque le hubiese pertenecido en exclusividad»*.

Sentencia de 19 de mayo de 1997 (R.A. 3887). Se trataba de la constitución de un usufructo sobre una vivienda por vía de reserva en favor los padres, que enajenan la nuda propiedad a sus hijos. Embargado el inmueble por deudas de los usufructuarios, los nudo propietarios pretenden su alzamiento. La Audiencia lo estima res-

(92) Así, LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, IV-1.º, pág. 409; DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema...*, IV, cit., pág. 180; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil*, II, cit., pág. 642 y, anteriormente, en *Derecho de familia*, cit., pág. 229, nota 37. También, al hilo del comentario al art. 1349, PRETEL SERRANO, *Comentario del Código Civil*, II, cit., pág. 651.

pecto de la nuda propiedad de la vivienda, pero en casación se pretende que se alce el embargo del usufructo, lo cual desestima el Tribunal por entender que *«el usufructo no es un derecho personalísimo sino transmisible, cuya transmisión no sólo puede ser voluntaria sino también forzosa, tal como se desprende del artículo 480 del Código Civil, sin perjuicio de la extinción que contempla el mismo artículo y el 513...»*

También nosotros vamos a partir de este posicionamiento: el usufructo es un derecho disponible con aptitud para su comunicación ganancial. Varias son las razones que, a nuestro juicio, excluyen del ámbito del artículo 1.346-5.º del Código Civil a este derecho:

- El carácter normalmente vitalicio del usufructo, lo que supone la extinción del mismo con la muerte de su titular (art. 513 C.C.) y la imposibilidad de su transmisión *mortis causa* a los herederos cuando del derecho es predicable este carácter, no lo convierte en uno de esos *«derechos patrimoniales inherentes a la persona»* (93). Aun cuando no hay que desconocer que, a diferencia de otros derechos reales en cosa ajena, la contemplación del elemento personal aquí es mucho más acusada, *«el elemento "vínculo o relación" entre el titular del derecho (usufructuario) y el titular del bien (nudo propietario) alcanzó un relieve muy singular»* (94), no es el carácter personalísimo o inherencia a la persona de su titular el fundamento de esta contemplación de la vida del usufructuario en la duración del derecho, sino razones de política legislativa que tratan de evitar una prolongada dilación en la desmembración económica del dominio (95). De ahí que la posible transmisión *inter vivos* del derecho por su titular esté sujeta a ese mismo límite temporal, marcado por la vida del usufructuario en cuyo favor se constituyó. Como señala MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, el adquirente se convierte en usufructuario, lo que *«no significa que surja*

(93) Ya antes de la reforma del Código Civil de 1981, el profesor LACRUZ, al estudiar el tema de los derechos inherentes a la persona y derechos intransmisibles en el ámbito del derecho foral aragonés, señalaba en relación al usufructo lo siguiente: *«Hay otros supuestos en que la inherencia a la persona obedece directamente a la ley, pero, como en el anterior, sin que la personalidad del bien esté determinada por unas cualidades intrínsecas del mismo. Tal es el caso del usufructo: es derecho personal en muchas legislaciones, en cuanto intransmisible por negocio jurídico, pero indudablemente no es un derecho que forme parte de la esfera personal de su titular»*, en «Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés», RDN, julio-diciembre, 1956, pág. 140.

(94) BLANQUER UBEROS, «Reflexiones...», RDN, 1981, pág. 59

(95) Así se expresa, aunque en otro orden de cuestiones, JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria* (art. 1.111 C.C), Madrid, 1996, págs. 102 y 103.

un usufructo independiente ejercitado por persona distinta, ya que el usufructo prosigue vinculado al primitivo usufructuario, extinguiéndose, si es vitalicio, con el fallecimiento del mismo» (96). Lo esencial en el usufructo es la temporalidad, por ello la transmisión estará supeditada a tal carácter: se transfiere el derecho en la medida en que se ostenta (*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*). Esta contemplación legal (institucional) del usufructo no impide que, en determinados casos, el usufructo pueda configurarse «*intuitu personae*», no sólo personal, sino personalísimo, de manera que su titularidad resulte intransmisible.

- La subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente tampoco justifica, en nuestra opinión, suficientemente el propósito de incluir el usufructo entre los derechos patrimoniales «*no transmisibles inter vivos*». No creemos que sea ese predominante carácter personal que tiene este derecho real, por contraposición a otros derechos reales en cosa ajena, la única justificación de la permanencia del usufructuario cedente a efectos de responsabilidad; asumimos, con la doctrina mayoritaria, que es la situación expectante del nudo propietario y la protección de su derecho lo que ha motivado, en este caso, una atípica separación entre titularidad y responsabilidad (97); aspecto, que sin ser suficiente para negar la disponibilidad del derecho, pone de manifiesto una de las peculiaridades del usufructo en cuanto derecho real en cosa ajena que deja «*reducida la propiedad a una "nuda propietas"*», es decir, «*despojada de una gransemento del círculo dominical*» (98). Una vez admitido esto, lo controvertido será fijar el alcance de las responsabilidades frente al nudo propietario del cedente y cesionario, aunque no vamos a detenernos en este aspecto, respecto del que las opiniones de los autores oscilan entre la subsidiariedad del cedente o la solidaridad de ambos, cedente o cesionario (99).

(96) *Op. cit.*, pág. 861.

(97) O como lo califican, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, «*una limitación, impropia de un perfecto traspaso de derechos*» (traducción y comentario al *Tratado de Derecho Civil*, 111-2º, de ENNECCERUS, KIPP Y WOLF. Barcelona, 1937, pág. 98).

(98) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, V, *cit.*, pág. 452, nota 2.

(99) Mientras que, SCAEVOLA (*Código Civil*, LX-2º, *cit.*, 382) y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (*op. cit.*, pág. 865) mantienen su carácter solidario, la mayoría entiende subsidiaria la responsabilidad del cedente respecto del cesionario (ALBALADEJO, *Curso...*, III, *cit.*, pág. 309; DORAL GARCÍA (*op. cit.*, pág. 437); Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1998, pág. 401; LACRUZ, *Elementos...*, 111-2º, pág. 36). PÉREZ DE VARGAS (*op. cit.*, pág. 1613, considera que el obligado principalmente frente al nudo propietario no es el cesionario sino el primer usufructuario, de forma que el dueño ha de dirigirse, en primer lugar, contra el usufructuario cedente y, sólo subsidiariamente, en

Descartado, a nuestro parecer, que el usufructo sea uno de esos derechos *intransmisibles inter vivos* que caen en la órbita del artículo 1.346.5.º, cegando toda posibilidad de comunicación ganancial, hemos de concluir que el establecimiento de este derecho real en favor de persona casada bajo el régimen económico de la sociedad de gananciales origina un elemento de innegable naturaleza patrimonial de posible adscripción, sea a la masa ganancial, sea a la privativa. Pero aún admitido esto, las dudas y discrepancias no terminan ahí. Se discute cuál deba ser **el sentido y alcance de la ganancialidad del usufructo**.

Normalmente, el usufructo se constituirá personalmente, esto es, a favor de uno o de otro cónyuge, e incluso, con relativa frecuencia, en favor de ambos, bien de manera conjunta o sucesiva. De lo examinado en epígrafes anteriores, podemos afirmar que el hecho de que la adquisición se verifique en favor de uno, de otro o de ambos cónyuges no prejuzga el carácter ganancial del derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.347-3.º del Código Civil, y del mismo modo tampoco la ganancialidad del derecho se opone a que éste se constituya en favor de uno sólo de los cónyuges cuya vida marca el término temporal de vigencia del usufructo.

Ahora bien, admitida la ganancialidad del usufructo, **¿estaremos siempre ante un cousufructo, siendo indiferente que el mismo se haya constituido en favor de ambos o de uno sólo de los cónyuges?** ¿Supone la atribución de ganancialidad convertir en cousufructuario al cónyuge del adquirente?

Sin duda, el punto de conflicto surge en relación con la valoración de todos aquellos casos en que el usufructo se constituye en favor de uno solo de los cónyuges, mereciendo el derecho la calificación de ganancial. Es en tales supuestos donde afirmar la existencia de un cousufructo en razón de su ganancialidad implica hacer entrar en juego la especialidad en cuanto a la extinción de este derecho consagrada en el artículo 521 del Código Civil, conforme al cual «*el usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviva*», si la disolución de la sociedad de gananciales se produce por muerte de uno de los cónyuges (en concreto, la de aquél sobre cuya vida no se hizo depender la duración del usufructo). Además, si se mantiene la cotitularidad del derecho de usufructo adquirido por uno de los cónyuges constante matrimonio, la eventual atribución o adjudicación que se produzca con la liquidación de la sociedad de gananciales, si la disolución de ésta se realiza por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges, no podrá ser considerada como cesión del derecho en la medida en que ésta supone atribuir titularidad a quien previamente no lo era.

¹ determinados casos contra el cesionario. Para un análisis más completo de la cuestión puede consultarse AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 335 y ss.

Pronto se descubre que la respuesta a las cuestiones planteadas hunde sus raíces en uno de los temas de mayor calado dogmático, profusamente estudiado, sometido a continua revisión y no exento de polémica: el sentido y alcance de la comunicación ganancial; las relaciones entre titularidad y ganancialidad de los bienes y derechos. En función de la posición que se adopte en torno a la controvertida naturaleza de la sociedad de gananciales, la respuesta al interrogante inicialmente planteado puede oscilar desde la cotitularidad actual hasta la absoluta incomunicación durante la vigencia del régimen. Y más aún, como señala RAMS ALBESA, incluso acogiendo el parecer más común que configura la masa ganancial como «conjunto de bienes y derechos sin personalidad jurídica distinta a la de sus "titulares" y organizados como comunidad en mano común sin especial atribución de cuotas», estas notas descriptivas «no facilitan, en el contexto actual, la clarificación sustancial que debería seguirse de tan infrecuente unanimidad respecto de la posición de los bienes y derechos que la componen y en cuanto a las líneas maestras de su administración y disposición, creándose tensiones formales, como mínimo, entre los conceptos de titularidad y ganancialidad» (100).

A) La ganancialidad como cotitularidad

Aun siendo dominante aquella opinión que considera la existencia de una comunidad sobre la totalidad de los bienes que integran el patrimonio ganancial, caracterizada por la inexistencia de cuotas, tanto respecto de la totalidad de los bienes que componen ese patrimonio como respecto de cada uno de ellos, y estima que tales bienes gananciales, en cuanto comunes, pertenecen a ambos cónyuges, siendo los mismos cotitulares con independencia de que el bien haya sido adquirido por uno u otro, son pocos los autores que han defendido la posición según la cual la ganancialidad del usufructo se resuelve en una cotitularidad actual, aunque indeterminada, del derecho de usufructo. Destacan especialmente, antes de la reforma de 1981:

COMÍN COMÍN quien defiende que el carácter ganancial del usufructo implica la existencia de un usufructo conjunto, aunque en el acto de enajenación de la nuda propiedad o en el acto adquisitivo intervenga sólo un cónyuge. Al ser conjunto opera el acrecimiento en favor del cónyuge viudo (art. 521) (101).

Y RODRÍGUEZ LÓPEZ, el cual entiende que, aunque la vigencia temporal del usufructo se haga depender de la vida de uno solo de los cónyuges, la duración «no modifica su naturaleza ganancial y su pertenencia, por tanto, a los dos esposos», sin que pueda negarse la aplicación del efecto previsto en el

(100) RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 214.

(101) COMÍN COMÍN, *op. cit.*, pág. 335.

artículo 521 del Código Civil para el caso de que el usufructo esté constituido «*en provecho de varias personas*», si quien premuere es el cónyuge sobre cuya vida no estaba constituido el usufructo (102).

Las consecuencias que se derivan de estos planteamientos son:

- Todos los actos de disposición del usufructo que merezca la calificación de ganancial (enajenación, gravamen o renuncia) requerirán el consentimiento de ambos cónyuges.
- Las opiniones, en cambio, difieren en orden a la inclusión del usufructo en la fase de liquidación. Ninguna duda se plantea si la disolución de la sociedad se produce por muerte del cónyuge por la vida del cual se había constituido el usufructo: el derecho se extinguirá. Si la causa de disolución es el fallecimiento del otro cónyuge, o de cualquiera de ellos si el usufructo tenía como término de vigencia la vida de ambos, el acrecimiento en favor del supérstite que se produce, a juicio de COMÍN COMÍN, no impide la inclusión del derecho en la masa en liquidación, pero no podrá ser objeto de adjudicación *in natura*, sólo se tiene en cuenta su valor. Por el contrario, RODRÍGUEZ LÓPEZ considera que no es necesario que entre en las operaciones liquidatorias, pues el usufructo habrá de ser adjudicado siempre al cónyuge viudo, no sólo en virtud del artículo 521 del Código, sino además «*por ser un derecho de adjudicación predeterminada, habida cuenta de su intransmisibilidad mortis causa*».

B) La disociación entre titularidad y ganancialidad.

Bajo este epígrafe se comprenden toda una serie de formulaciones que, desde puntos de vista bien diferentes en cuanto a la naturaleza de la sociedad de gananciales (103), niegan que la calificación ganancial del usufructo convierta en cusufructuario al cónyuge de aquél en cuyo favor aparece constituido el derecho.

Así, bajo la óptica que puede considerarse mayoritaria de entender la sociedad de gananciales como una mancomunidad de tipo germánico, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS reconoce la influencia que el título de adquisición tiene en el régimen de ciertos bienes y derechos y, en concreto, alude al usufructo. Señala el autor que la atribución de ganancialidad, aún determinando una cotitularidad en sentido jurídico y no sólo económica, «*no afecta, en princi-*

(102) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «*Más acerca de la innecesidad...*», *cit.*, pág. 361

(103) Para una visión de conjunto acerca de las diferentes teorías sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales, además de la posición propia del autor, vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, «*La naturaleza de la actual sociedad de gananciales*», *cit.*, págs. 875 y ss.

pió, a los términos (sujetos, contenido) de la relación jurídica básica respectiva —que sigue influyendo en el régimen del bien—. Si esta relación jurídica quedó entablada sólo entre el tercero y el cónyuge adquirente, la atribución de ganancialidad no cambia, respecto de ese tercero, la persona del usufructuario» (104).

También AMORÓS GUARDIOLA, al comentar la resolución de 31 de enero de 1979, sin desconocer la cotitularidad que origina la ganancialidad, niega que el artículo 521 del Código Civil sea aplicable a todo usufructo que merezca esta calificación. El precepto *«trata del usufructo constituido en favor de varias personas, no de una que se comunica a otras. Allí la cotitularidad resulta del título constitutivo, de la voluntad de las personas adquirentes; aquí (usufructo ganancial en favor de uno sólo de los cónyuges), en cambio, la adquisición negocial se realiza por una sola persona, aunque las consecuencias de esa adquisición se traduzcan en una cotitularidad del derecho así adquirido. En un caso la comunidad se adquiere ex negotio, en el otro ex lege» (105).*

Desde la perspectiva de quienes consideran que la ganancialidad no implica necesariamente cotitularidad, el carácter ganancial del usufructo es compatible con su titularidad individual ostentada por uno de los cónyuges. Ganancialidad y titularidad son cosas diferentes: la calificación de ganancialidad no altera la titularidad entendida como atribución del derecho por razón de su adquisición, *«pero incide sobre la titularidad determinándola, aunque no la haga desaparecer..., pues determina el goce y ejercicio de las facultades y potestades que integran el derecho ostentado, así como la sujeción de éste a responsabilidades... Con ello el cónyuge no titular no se convierte en cotitular, ni participa de alguna manera en la titularidad misma, siquiera participe, en cuanto miembro de la relación de gananciales determinante, en el ejercicio de la facultades y potestades que integran el derecho o la relación determinada» (106).* En suma, la calificación ganancial de un bien, con-

(104) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 633 y, anteriormente, en *Derecho de familia*, cit., pág. 219, nota 10.

(105) AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario a la resolución de la DGRN de 31 de enero de 1979*, cit., pág. 1539.

(106) BLANQUER UBEROS, «Reflexiones sobre la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 1981, págs. 25 y 26. Recogen estas palabras del autor lo que se ha dado en llamar, cuando se aborda la naturaleza de la sociedad de gananciales, teoría de la comunidad diferida, iniciada antes de la reforma de 1981 por YAGO ORTEGA («Acerca de la titularidad sobre los gananciales», *RDN*, 1979, págs. 386 y ss.) y acogida por un nutrido sector del notariado. Además de BLANQUER UBEROS, en el trabajo ya citado y en otro, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *AAMN*, 1982, págs. 43 y ss., defienden esta idea de comunidad en sentido económico (sobre las ganancias y beneficios que resulten de la liquidación, después de deducir las deudas) y no jurídico: GARRIDO

forme a las prescripciones del artículo 1.347, no supone la inclusión del mismo en una masa patrimonial concreta, sólo ciertas especialidades en el régimen de su administración, disposición y responsabilidad.

En concreto, refiriéndose al usufructo, señala BLANQUER UBEROS que «una cuestión es la titularidad del usufructuario y otra las consecuencias de la ganancialidad del usufructo. No se trata sólo de distinguir la titularidad del usufructo y el valor patrimonial, se trata de distinguir la esfera del derecho y relación de usufructo, de una parte, y la esfera de las relaciones entre el usufructuario y su cónyuge cuando del derecho es predicable la calificación de ganancial» (107).

Entre las formulaciones más recientes acerca de la naturaleza de la sociedad de gananciales, BENAVENTE MOREDA, con especial atención de aquellos supuestos en que uno sólo de los cónyuges aparece como parte de una relación jurídica o como adquirente exclusivo de un bien que merece la calificación de ganancial, conjuga dos ideas —mancomunidad y sociedad— para explicar las relaciones entre ganancialidad y titularidad. Considera necesario la autora distinguir dos ámbitos o esferas: el interno o interconyugal, caracterizado por la existencia de una auténtica mancomunidad, sin atribución de cuotas, ni facultad para pedir la división, y el externo o de tráfico, donde la sociedad de gananciales se manifiesta como una auténtica sociedad civil, sin personalidad jurídica, por lo que la atribución de titularidades ha de coincidir con las personas de los cónyuges. En particular, con relación a derechos gananciales como el usufructo adquirido por uno solo de los cónyuges, considera excesivo entender que, en base a la idea de mancomunidad, ambos cónyuges se conviertan en cousesuarios, señala que si la «cotitularidad se sigue afirmando, cuando nos encontramos ante preceptos que pretenden ser protectores del tráfico y de las relaciones de los cónyuges con terceros, realmente lo que se consigue es, a nuestro entender el efecto contrario» (108).

En todas estas posiciones, aun desde encontradas concepciones en torno a la sociedad de gananciales, puede atisbarse un punto de encuentro: *externamente*, la ganancialidad del usufructo, considerado el derecho en su integridad, condición de usufructuario y contenido económico, no se resuelve irre-

CERDÁ, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *AAMN*, 1982, págs. 143 y ss.; CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales», *RDN*, 1983, págs. 7 y ss.; ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias», *RDN*, 1982, págs. 7 y ss.; «Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», *RDN*, 1983, págs. 394 y ss.; «La comunicación ganancial», *ASN*, 1988, págs. 115 y ss.; MARTÍNEZ SANCHE, «Casos dudosos...», cit., págs. 360 y ss.

(107) Vid. BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, págs. 59-60.

(108) BENAVENTE MOREDA, *Naturaleza de la sociedad de gananciales*, cit., págs. 445 y ss.

mediablemente en un usufructo. La comunicación ganancial no se manifiesta necesariamente en términos de cotitularidad del derecho de usufructo, sin perjuicio de que, según la mayoría los autores citados, suponga *internamente* atribución o pertenencia a la masa ganancial sin personalidad, a ambos cónyuges. El derecho de usufructo puede ser adquirido por uno o ambos cónyuges y, en cualquiera de los casos, la atribución o pertenencia a una de las masas patrimoniales existentes en el matrimonio dependerá de las reglas que configuran el activo del consorcio conyugal. En otros términos, el carácter ganancial del usufructo puede coexistir tanto con una cotitularidad como con una titularidad individual externa (109). En este segundo caso, cualquier pretensión del cónyuge del usufructuario de acceder a tal condición supondrá un cambio subjetivo frente al nudo propietario que no alterará la duración del usufructo constituido convirtiéndolo en un usufructo conjunto (art. 521 C.C.) si no es mediando el consentimiento de aquél.

Esta es, en nuestra opinión, la mejor manera de resolver la colisión de normas que puede producirse cuando las normas reguladoras de la relación jurídica que determina el nacimiento del usufructo entran en conflicto con aquellas propias del régimen económico matrimonial relativas a la atribución de titularidad y gestión de los bienes gananciales. Desde esta perspectiva, la condición de usufructuario vendrá dada por el título constitutivo del usufructo, con independencia de los bienes (en caso de constitución por reserva) o de los fondos (en el caso de constitución *directa*) empleados para su adquisición. Pero, como hace notar CADARSO PALAU, aunque en relación con las participaciones sociales en el régimen de la sociedad de gananciales (110), así como la normativa de la sociedad de gananciales no puede disciplinar la condición de usufructuario, tampoco las normas propias de esta relación jurídica de usufructo pueden decidir la adscripción del usufructo a una u otra de las masas patrimoniales, porque esta cuestión es cometido del régimen de gananciales.

(109) RAMS ALBESA {*La sociedad de gananciales*, cit., pág. 218) habla de *cotitularidad real y titularidad fiduciaria*: «hay que admitir, como lo hace buena parte de la doctrina, que a ambos cónyuges corresponde una "cotitularidad real" inmediata y actual sobre los bienes y derechos comunes, pero no es menos cierto que, en muchos casos, viene ésta atribuida a uno solo de ellos a través de los que podemos denominar, conforme a la clasificación citada, una "titularidad fiduciaria", que permite a su nominal beneficiario ejercer todas las facultades ínsitas en el derecho como si estuviese investido de una "titularidad plena"». MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales y sociedad civil», *ASN*, 1989, pág. 329, desde una configuración societaria de la sociedad de gananciales, prefiere hablar de «una titularidad instrumental que cubre un derecho compartido con un punto de referencia subjetiva que es la sociedad de gananciales y a partir de la cual se publica la comunicación y adscripción del bien a la sociedad que, al carecer de personalidad jurídica, no admitiría una titularidad directa».

(110) CADARSO PALAU, *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, cit., pág. 129-130.

El carácter privativo del usufructo determinará, si fue constituido en favor de uno de los cónyuges, la competencia exclusiva de éste para ejercitar cuantas facultades se deriven de la relación jurídico-real, sólo limitadas por el artículo 1.320 en cuanto el inmueble objeto del derecho sea destinado a vivienda familiar habitual, en cuyo caso los actos de disposición del derecho (fundamentalmente, la transmisión y la renuncia) deberán verificarse con el consentimiento de su consorte; y de haberse establecido en favor de ambos cónyuges, serán aplicables, además de las previsiones contenidas en el negocio jurídico de constitución, las disposiciones especiales que en sede de usufructo se refieren a las situaciones de cotitularidad en este derecho (especialmente, el artículo 521) y las normas de la comunidad de bienes, con las debidas adaptaciones en razón del objeto (111).

Por el contrario, la plena inclusión del usufructo en la comunidad supondrá, se haya constituido en favor de uno o de ambos cónyuges, que:

1.º La gestión y disposición del usufructo, en principio, será conjunta, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.375 y siguientes del Código Civil, aunque, en virtud del artículo 1.384, si el usufructo está constituido en favor de uno sólo de los cónyuges, éste podrá realizar individualmente los actos de gestión.

Tratándose de usufructo en favor de ambos cónyuges, a diferencia de que lo que sucede en un consufructo ordinario, donde cada usufructuario podrá disponer de su cuota (112), aquí, dada su condición ganancial, y la inexistencia de cuotas concretas sobre los bienes gananciales, ninguno de ellos podrá disponer de su hipotética participación en el derecho (113).

(111) Vid. REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, págs. 1.117 y ss. En contra, RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, págs. 1303-1304.

(112) Vid. REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, pág. 1119.

(113) Al menos, desde la óptica de la concepción germanista de la sociedad de gananciales propugnada por la RDGRN 2 febrero 1983 (R.A. 1088) donde se planteaba el acceso registral de la venta hecha en escritura pública por el marido a su mujer de la participación que como ganancial le pertenece en la finca vendida, no admitiendo su inscripción, ya que «el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas y en donde cabe el ejercicio de división de la cosa común, y por eso en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial». Reconoce, no obstante, que tratándose de un bien concreto «en efecto, la libertad de contratar entre cónyuges, sancionada, en el nuevo art. 1323 del C.C., autoriza el entender permitido como regla general la válida adquisición por un cónyuge de bienes concretos de naturaleza ganancial, máxime cuando se acredita la naturaleza privativa de la contraprestación, o como en este caso concreto en donde haya un reconocimiento o afirmación de tal naturaleza no sólo por el cónyuge adquirente sino también por su consorte, ya que de un lado, el principio de subrogación real evita exista un perjuicio para la sociedad de gananciales

2.º La extinción por consolidación sólo se producirá cuando se produzca una plena identidad subjetiva y patrimonial.

3.º Puede ser objeto de embargo por los acreedores de la comunidad

4.º En principio, debe formar parte del haber partible a la disolución de la sociedad por cualquier causa distinta a la muerte del cónyuge usufructuario. No obstante, puesto que en esta materia puede tener una influencia decisiva el distinto régimen de extinción del usufructo en función de su constitución en favor de uno sólo o de ambos cónyuges, dedicaremos el resto del trabajo al estudio de esta cuestión; aspecto al que se refieren la mayoría de la resoluciones de la DGRN que examinábamos más arriba.

V. EL RÉGIMEN DEL USUFRUCTO GANANCIAL A LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES.

Las principales cuestiones que suscita la calificación del usufructo se manifiestan en este momento, donde la división del consorcio conyugal que debe seguir a la disolución del mismo pone a prueba la vinculación del usufructo vitalicio a su titular. Las intenciones y propósitos que las partes pretenden conseguir constituyendo el usufructo (principalmente, en este ámbito, procurarse unos recursos de por vida, asegurándose un determinado estatus social) y los aspectos personales del derecho chocan con la dinámica liquidatoria de la sociedad de gananciales.

Nos centraremos en la disolución provocada por la muerte de uno de los cónyuges por ser esta causa de disolución del consorcio la que más directamente incide en el derecho de usufructo, normalmente vitalicio, sin perjuicio de que las conclusiones a las que lleguemos puedan ser referidas también,

al ocupar la contraprestación recibida —dinero— el lugar del bien transmitido, y de otro lado, no puede entenderse se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar un esposo el doble concepto del vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave en la doctrina de este Centro Directivo sobre esta materia como es la falta de contraposición o conflicto de intereses. Respecto de la misma cuestión, por el contrario, la STS 19 diciembre 1997 (R.A. 9110) parece sustentar otra posición al afirmar que: «con base, precisamente al voluntarismo inserto tanto en el artículo 1323 como 1324 del C.C., es hoy viable acceder a cuanto ha acontecido, es decir, que los propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos y esta transmisión no sólo operará sobre bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos, sino también podrá referirse a posibles derechos inherentes en favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial, expectante, de tal forma que, con total libertad, se le permite realizar los contratos que estimen conveniente, sin que, obvio es, quepa entender que ello sólo se permitiera a través de la compraventa o a la donación, ya que tanto, el reconocimiento o la cesión de derechos, son modalidades, dentro de la tipicidad contractual, que las partes, en uso de esa libertad negocial, podrán utilizar».

aunque sólo parcialmente, a la disolución y liquidación *inter vivos* del patrimonio común.

Del mismo modo, conviene precisar desde ahora que, dado el diferente régimen extintivo del usufructo en función de que se haya constituido en favor de una sola persona o de varias, el análisis de esta materia debe necesariamente partir de este condicionante. Distinguiremos, pues, dentro del usufructo que merezca la calificación de ganancial, aquél constituido en favor de uno sólo de los cónyuges o de ambos conjunta o sucesivamente

1. USUFRUCTO GANANCIAL CONSTITUIDO EN FAVOR DE UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES

Ya hemos visto que a tal situación se puede llegar de distintas formas, por adquisición onerosa del derecho a costa del caudal común o sin justificar la procedencia privativa de los fondos empleados, por reserva al disponer de bienes gananciales, por atribución voluntaria de ganancialidad con ocasión de la adquisición o disposición de bienes privativos. En cualquiera de estos supuestos, la constitución en beneficio de uno sólo de los cónyuges no está reñida con la calificación ganancial del derecho, como anteriormente se ha advertido.

Pues bien, la incidencia que sobre el usufructo tenga la disolución de la comunidad conyugal dependerá de que la misma se opere por el fallecimiento del usufructuario o de su cónyuge.

— Si la disolución de la comunidad ganancial acontece por el óbito del cónyuge usufructuario, no hay cuestión respecto del usufructo vitalicio, éste se extingue. El único punto que puede plantearse es la entrada en juego de los resortes que el Ordenamiento concede a cualquiera de los cónyuges ante los actos irregulares del otro: bien las acciones de nulidad o anulabilidad del artículo 1.322 frente a actos de disposición no consentidos, bien las consecuencias que para los actos lesivos o fraudulentos disponen los artículos 1.390 (restitución del beneficio o lucro exclusivo o resarcimiento del daño dolosamente ocasionado a la sociedad) y 1.391 (rescisión del acto en caso de fraude si concurre mala fe en el adquirente); recursos cualquiera de ellos cuyo efectivo despliegue exigirá la concurrencia de sus presupuestos, sin que sea suficiente a estos efectos el hecho de haberse constituido el usufructo en favor solo del cónyuge fallecido (114).

— Si la disolución del consorcio conyugal tiene lugar por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges o por el fallecimiento del consorte de

(114) Señala GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 110: La reserva por la vida de uno de los cónyuges es un negocio válido y lícito, «aunque desde el punto de vista conómico sea un mal negocio o pueda serlo».

quien aparece como usufructuario, esta disolución no obsta a la subsistencia del usufructo, el cual como vitalicio de uno de los cónyuges o, en su caso, del supérstite, subsistirá hasta su muerte.

2.1. *Ahora bien, en qué medida el carácter personal del usufructo vinculado a la vida del cónyuge viudo dificulta o restringe su vocación a la partición in natura.*

En otros términos, ¿puede ser adjudicado en favor de los herederos del cónyuge fallecido, aun cuando la duración del tal derecho venga determinada por la vida del cónyuge supérstite (usufructuario)? o, lo que deberá tenerse en cuenta, ¿no será el valor del derecho de usufructo comutándolo en la masa ganancial, pero sin incluirlo en los bienes a repartir?

Desde la perspectiva de quienes defienden la estricta privatividad del usufructo, queda excluida de antemano la posibilidad de que el cónyuge no usufructuario (si la disolución de la sociedad es *inter vivos*) o los herederos del cónyuge premuerto (si la disolución es *monis causa*) accedan a la condición de usufructuarios, dado el carácter necesariamente privativo de esta titularidad. Lo procedente será el reembolso actualizado al fondo común de lo invertido en la adquisición (onerosa) del usufructo o, a lo sumo, la colación del valor del contenido patrimonial del derecho. Para quienes la ganancialidad del usufructo se resuelve en una cotitularidad actual con plenitud de efectos, el juego del artículo 521, aun cuando el usufructo estuviese constituido en favor sólo del cónyuge viudo, excluye su inclusión en la liquidación, en cuanto que la parte correspondiente al premuerto acrece al supérstite, «*habida cuenta de su intransmisibilidad mortis causa*» (115).

En nuestra opinión, como señalábamos, vigente la sociedad de gananciales, la condición ganancial del usufructo no atribuye al otro cónyuge la condición de cusufructuario, aunque el derecho esté adscrito a un régimen patrimonial de atribución conjunta a ambos cónyuges. Por tanto, si el derecho merece la calificación de ganancial, como cualquier otro bien ganancial existente en el momento de la disolución (art. 1.397-1.º C.C.), deberá entrar en la liquidación, tanto si ésta es consecuencia de la extinción del consorcio por causa *inter vivos*, como *mortis causa*. A esta consideración y, especialmente, a la eventual adjudicación que pueda producirse en favor de los herederos del cónyuge premuerto, no se opone, en nuestra opinión, el carácter personal, en el sentido de intransmisible *mortis causa*, del usufructo vitalicio, en razón de que lo que imposibilita esta connotación del usufructo es la no heredabilidad

(115) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «*Más acerca de la innecesidad...*», cit., págs. 361-362.

del derecho por los herederos de la persona en cuyo favor de constituyó, lo que no sucede en ninguno de los casos.

Esta es, como vimos, la solución brindada por la Resolución de 31 de enero de 1979, que con motivo de la enajenación del derecho por el cónyuge superviviente, negó su legitimación individual hasta tanto no resulte de la división la adjudicación a su favor del derecho en pago de su haber. También, la de aquellos autores que admiten la calificación ganancial del usufructo (116).

Sin embargo, en este momento, la eventual adjudicación final del usufructo que pueda producirse en favor del consorte no usufructuario o de sus herederos, si aquél premurió, se traduce frente al nudo propietario, y con independencia de la trascendencia meramente especificativa o determinativa, y no constitutiva o traslativa que, jurisprudencia y doctrina, viene atribuyendo a la adjudicación derivada de la liquidación de gananciales (117), en un cambio de sujeto. De ahí, que compartamos las precisiones que realiza BLANQUER UBEROS (118), quien partiendo de la necesidad de distinguir, no la titularidad del usufructo y el valor patrimonial, sino la esfera del derecho y relación de usufructo, de una parte, y la esfera de las relaciones entre el usufructuario y su cónyuge cuando del derecho es predicable la calificación de ganancial, señala que en el supuesto que estamos contemplando, *«en la esfera de la relación de usufructo no se ha producido hecho alguno que le afecte; en la esfera de la sociedad de gananciales procede la liquidación. Si se adjudica al cónyuge usufructuario (sea o no por derecho de adjudicación preferente), no se produce efecto alguno en la relación de usufructo, ni se modifica el título a causa de adquirir el usufructo en su relación con el nudo propietario, ni se altera la titularidad real del usufructo. Si se adjudica a los herederos del cónyuge no usufructuario o a éste, si la liquidación es Ínter vivos, se produce un efecto diverso según la esfera que se contemple: en el ámbito de la sociedad de gananciales, una operación adjudicatoria; y en el ámbito del usufructo se produce un cambio de usufructuario que no anula el significado del usufructuario originario en la duración del derecho ni elimina su responsabilidad»*

(116) Así, AMORÓS GUARDIOLA y CHICO ORTIZ en sendos comentarios a la resolución de 31 de enero de 1979, RCDI, *cit.*, págs. 1538-1540 y ADC, *cit.*, pág. 509, respectivamente; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 110. Mas recientemente, GÓMEZ GÁLLIGO (*Comentario a la RDGRN de 7 de febrero de 1995, cit.*), critica la solución ofrecida en favor de la consolidación en esta resolución pues, admitida la atribución de carácter ganancial al usufructo, en el momento de *«disolución de la sociedad de gananciales tendrá que ser objeto de adjudicación a uno u otro cónyuge, pudiendo adjudicarse al cónyuge no titular de la nuda propiedad»*.

(117) Es reiterada la afirmación de que se produce *«una adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real»*

(118) *«Reflexiones acerca de la influencia del régimen de ganancialidad en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge»*, *cit.*, págs. 59-60

2.2. *¿Cabe pensar, como insinúa el autor, en un derecho de atribución preferente a ejercitar y hacer valer por el cónyuge usufructuario conforme a lo dispuesto en los artículos 1406 y 1407 del Código?*

No creemos que haya dificultades para admitir la procedencia de ejercitar tal derecho cuando el usufructo ganancial recaiga sobre la explotación agrícola, comercial o industrial (art. 1.406-2.º) (119), sobre el local donde el cónyuge atributivo hubiese venido ejerciendo su profesión (art. 1.406-3.º) (120) o sobre la vivienda donde tuviese la residencia habitual (1.406-4.º) (121), y

(119) Siempre que el cónyuge atributivo, en cuanto usufructuario, sea titular del poder de gestión, lo que lo convierte en empresario. En este sentido se manifiesta GARRIDO DE PALMA, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ GONZÁLEZ y VÉLEZ BUENO, *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid, 1985, pág. 77. Sobre las dificultades que plantea la construcción técnica del llamado usufructo de empresa, puede verse, en general, GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I. 7.ª Ed. Madrid, 1982, págs. 199-201; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 1-1º. Barcelona, 1991, págs. 228 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, págs. 124-125; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho mercantil*. Barcelona, 1990, págs. 78-79.

(120) En este sentido, GARRIDO DE PALMA y otros, *La disolución...*, cit., pág. 105, quienes señalan que en caso de que la disolución de la sociedad conyugal sea *Inter vivos*, cabrá, la atribución preferente, en función de quien sea el profesional, tanto en favor del cónyuge usufructuario como de su consorte, si bien en este último caso «la duración del derecho vendrá limitada al tiempo de vida del titular»; si la disolución se opera por la muerte del cónyuge del titular del usufructo, éste si fuera el profesional podrá ejercitar la atribución preferente. No parece ser ésta la opinión de RAMS ALBESA, «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», *RCDI*, 1985, págs. 727 y ss. y 927 y ss., quien, con referencia al supuesto en que el local profesional se encuentre arrendado, propugna una interpretación estricta del art. 1406-3º: «el que en él no se especifique el título al que se tiene el local profesional no quiere decir que la atribución se efectuará en favor del cónyuge usuario a cualquier título por el que se use, sino precisamente dando tan sólo cabida al derecho de propiedad», aunque el propio autor manifiesta ser consciente de la debilidad del argumento, «pues no hay inconveniente formal o material alguno para concluir que la interpretación restringida a lo que se refiere es a la creación de nuevos objetos de atribución, a extenderse a nuevos campos distintos a los previstos en la norma, pero no a que la norma desarrolle todas aquellas virtualidades que no han sido negadas en la misma» (págs. 808-809). También se plantea la cuestión FONSECA GONZÁLEZ, «Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil», I y II. *RDP*, 1986, págs. 8 y ss. y 107 y ss., pero sólo se detiene en el supuesto del local arrendado.

(121) Según GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, pág. 150, en relación con la vivienda habitual no cabrá en ningún caso derecho de atribución preferente en favor de cónyuge superviviente pues, sólo pueden plantearse dos situaciones: usufructo ganancial adquirido por ambos cónyuges, en cuyo caso, fallecido uno de ellos se aplicará el artículo 521, y usufructo ganancial adquirido por uno sólo, en cuyo caso fallecido éste el derecho se extingue. En el mismo sentido, FONSECA GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 126 y 127. Se olvida, a nuestro parecer, el caso que aquí estamos planteando: usufructo ganancial en favor de uno sólo de los cónyuges, disolviéndose la sociedad por muerte del otro; es el supuesto en que entraría en juego el art. 1406-4º en relación con el derecho de usufructo.

ello porque, aunque estos preceptos estén pensando en la pertenencia en propiedad de esos inmuebles a la masa ganancial, no vemos ninguna razón para negar su aplicación extensiva, si en el activo ganancial figura la existencia de un derecho real limitado sobre los mismos (122). Más difícil resulta conciliar esta atribución preferente respecto del derecho de usufructo ganancial que, constituido en favor de uno de los cónyuges o del supérstite recaiga sobre inmuebles que no tienen este destino específico, no habría, a nuestro juicio, razones para entenderlo aplicable por analogía (123), ni siquiera sobre la base de considerar que el usufructo como derecho personal del cónyuge usufructuario merece tal tratamiento, en razón de la naturaleza del mismo (124), y ello, porque como señalábamos anteriormente la causa de esa *inherencia personal* normalmente se limita al simple hecho de que la duración del derecho está

(122) En este sentido, GARCÍA URBANO (*Comentario del Código Civil*. II. Arts. 1.406 y 1.407. Madrid, 1993, pág. 800), considera aplicable el artículo 1.407, respecto de la opción que reconoce en materia de atribuciones preferentes en favor del cónyuge adjudicatario (solicitar la adjudicación en concepto de propiedad o en el de uso o habitación, aunque su valor exceda del haber del cónyuge adjudicatario), cuando la sociedad de gananciales no ostentaba sobre el local o la vivienda más que un derecho real limitativo, como el usufructo, «*supuesto en el que la facultad de pedir su adjudicación podría concentrarse únicamente en forma de uso*».

(123) Aunque las adjudicaciones preferentes, en cuanto comportan una excepción al principio general de igualdad cualitativa de los lotes en sede particional (art. 1.061 C.C.), deben ser objeto de una interpretación estricta. Esta aplicación restrictiva, a juicio de quien se ha ocupado con detenimiento de la materia (RAMS ALBESA, «Las atribuciones preferentes...», cit., pág. 753), «*no puede ni debe aplicarse ni a las personas reconocidas como potencialmente atributarias —salvo en muy determinados casos— ni a las cosas señaladas por la norma como atribuibles; la rigidez debe operar en otro campo más determinante de la finalidad de la institución, cual es la necesidad de un nexo de afección entre atributario y objeto atribuible*». De modo que, en opinión del autor, «*la propia funcionalidad de la institución de la atribución preferente demanda.... que los bienes atribuibles no sólo sean los específicamente previstos con carácter general en los apartados 1.º a 4.º del citado artículo, sino también aquellos otros que por su naturaleza o por su función juegan el mismo papel que los enumerados taxativamente en el desarrollo de la personalidad en sus dimensiones de intimidad y proyección profesional amenazadas en su continuidad por la partición del consorcio conyugal*».

(124) En el sentido propuesto por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derecho de familia*, cit., págs. 308-309) quien reconoce, junto con los bienes que pueden ser objeto de atribución preferente en base al artículo 1.406, «*atribuciones preferentes impuestas por la naturaleza del bien*», en las que el principio de buena fe puede exigir que el bien sea atribuido al cónyuge a cuyo nombre figuran. Considera como tales, «*determinados bienes gananciales (participaciones en una sociedad limitada, derecho de arrendamiento de local de negocio, etc.) que aparecen constituidos a nombre de uno de los cónyuges si a efectos de la otra parte de la relación jurídica (los demás socios, el arrendador, etc.) sólo podrían pasar al otro cónyuge con grave riesgo o detrimento (derecho de adquisición preferente, resolución, participación en el precio, etc.)*. La lista de los bienes será mayor si se entienden que pueden ser gananciales determinados bienes intransmisibles» (se refiere el autor a derechos de uso y habitación comprados con dinero ganancial y que pudieron configurarse como transmisibles, servidumbres personales configuradas como personalísimas, derecho de socio...).

supeditada a la vida de la persona en cuyo favor se constituyó, no obstaculizando que pueda ser objeto de tráfico jurídico.

Ahora bien, esta adjudicación preferente del usufructo constituido en favor de uno de los cónyuges será posible, al margen de las previsiones legales, si se conviene, con GARCÍA URBANO, que los cónyuges pueden acordar «(en forma capitular o no, pues propiamente no estaremos ante una modificación del régimen económico-matrimonial) la extensión de esta facultad a bienes diferentes de los señalados en este artículo» (125).

En cualquiera de los casos, conviene reseñar que, puesto que «la atribución preferente sólo despliega su eficacia atributiva en la partición propiamente dicha» (126), cualquier acto de administración y disposición del usufructo durante el periodo de indivisión y antes de división material, deberá realizarse con el consentimiento de los demás cotitulares de la comunidad postganancial.

2. USUFRUCTO GANANCIAL CONJUNTO

El establecimiento del usufructo en favor de ambos cónyuges, cuando el mismo merezca la calificación de ganancial, conforme a las determinaciones de los artículos 1.347 y siguientes del Código Civil, plantea varias cuestiones cuando la disolución de la comunidad conyugal se produce por la muerte de uno de los cónyuges (127).

(125) GARCÍA URBANO, *op. cit.*, pág. 798.

(126) De este aspecto se ocupa RAMS ALBESA («Las atribuciones preferentes...», *cit.*, págs. 987 y ss.), quien señala que del contexto en que se sitúan las atribuciones preferentes en nuestro ordenamiento no es posible entender que tienen «fuerza vinculante y condicionan todas y cada una de las operaciones que siguen a la conclusión de la sociedad conyugal...», pues la presencia del derecho de atribución preferente no interfiere prácticamente en el curso de las operaciones liquidatorias de las deudas del consorcio para con los terceros ajenos al mismo; no se prevé en la norma la mínima imbricación exigible entre liquidación de reintegros y reembolsos y la atribución preferente, que, en todo caso, puede llegar a ser deducida del conjunto sistemático de la reforma de 1981; ni puede decirse que la atribución preferente debe anteceder al pago de deudas estrictamente personales entre los cónyuges, dada la posición sistemática del artículo 1.405. Todo ello inclina a que la atribución preferente antes de abrirse el procedimiento de partición propiamente dicho, sea tratada como una mera expectativa de derecho y sea sólo protegible por el ordenamiento en cuanto tal; su consideración como propio y verdadero derecho subjetivo no le alcanza sino desde el momento de proceder a la confección de los distintos lotes particionales, por lo que puede decirse que su naturaleza es estrictamente particional» (págs. 989 y 990).

(127) Si la disolución del consorcio tiene lugar *inter vivos*, y el usufructo recayese sobre un inmueble destinado a local comercial, GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, pág. 105, prevén el posible ejercicio del derecho de atribución preferente en favor de aquel de los cónyuges que sea el profesional, si bien «habrá de compensarse al otro cónyuge mediante el avalúo del derecho que se adjudicase al profesional».

- 2.1. *La primera es la relativa a los efectos que la muerte de uno de los cónyuges tiene en el derecho de usufructo. En otros términos, ¿es aplicable el artículo 521 del Código Civil al usufructo ganancial?*

De manera francamente aislada se ha mantenido en algún momento por nuestra doctrina la no aplicación de este precepto, consolidándose la nuda propiedad en la parte de usufructo extinguido por la muerte de uno de los cotitulares. Me refiero a CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA (128), para quienes en el usufructo simultáneo ganancial (constituido por adquisición onerosa o por reserva) no entra en juego el artículo 521, siendo aplicables las normas relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales: *«durante la vigencia de dicha "sociedad", existe entre los cónyuges una comunidad sin atribución de cuotas; pero al fallecimiento de cualquiera de ellos, esas cuotas se concretan, correspondiendo una mitad al sobreviviente y la otra a los herederos del premuerto. Como estos últimos no eran cotitulares del usufructo no podrán tener derecho al acrecimiento y, en consecuencia, el usufructo se extinguirá en la mitad del premuerto consolidándose con la nuda propiedad, quedando subsistente la mitad del supérstite»*. El artículo 521 es, en opinión de estos autores, aplicable sólo cuando la adquisición del usufructo se realizó con dinero privativo de cada uno de ellos (se forma una comunidad ordinaria por cuotas).

Es común, por el contrario, entender que en el usufructo constituido simultáneamente en favor de ambos cónyuges, merezca la calificación de privativo o ganancial, la muerte de uno de los cónyuges no supone la extinción, ni siquiera parcial, del derecho, el cual subsistirá en su integridad hasta el fallecimiento del supérstite, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 521; precepto pensado para supuesto en el que el usufructo sea establecido en favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución y en el que la cotitularidad de derecho deriva del propio negocio de constitución del derecho, no del establecimiento en favor de una sola persona que, por disposición legal, se comunica a otras (129). Por tanto, el usufructo constituido en favor

(128) *Apuntes...*, II, cit., pág. 20. En un trabajo posterior, al citado y a la reforma del Código Civil de 1981, de CHICO Y ORTIZ (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, cit., págs. 109 y ss.) no aborda el autor la cuestión al ocuparse de la inscripción del derecho de usufructo.

(129) En este sentido, AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario a la Resolución de la DGRN de 31 de enero de 1979», cit., pág. 1539. En contra, RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Más acerca de la innecidad...», cit., pág. 361-362, para quien el efecto previsto en el artículo 521 es aplicable, en su caso, a todo supuesto de usufructo ganancial, con independencia de su constitución en favor de uno o de ambos cónyuges, en razón de que su condición ganancial supone la cotitularidad y pertenencia del derecho a ambos cónyuges.

de ambos cónyuges, deba calificarse como privativo o ganancial, como cualquier usufructo establecido en favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extingue hasta la muerte del último de los cónyuges.

Estamos, según la opinión más común, ante un efecto natural, por disposición legal, de todo usufructo simultáneo, cuya exclusión requiere previsión en contrario en el título de constitución del derecho.

2.2. *Por ello, la siguiente cuestión, admitida la aplicabilidad del artículo 521, será decidir qué significa en el momento de liquidación del consorcio, mereciendo el cusufructo la calificación de ganancial, el hecho de que el usufructo no se extinga hasta la muerte del cónyuge que sobreviva*, porque este precepto, reconocida la posible constitución del usufructo en favor de varias personas (art. 469 del C.C.), se limita a señalar los efectos que respecto del derecho real tiene esa constitución múltiple sin prejuzgar la incidencia que pueda tener su adscripción a la masa ganancial.

Como indica Tirso Carretero, admitida la aplicación del efecto previsto en el artículo 521 del Código, otra cosa será decidir si mereciendo el cusufructo la calificación de ganancial: *«el que no se extinga el usufructo hasta la muerte del cónyuge sobreviviente quiere decir que hay derecho de acrecer del supérstite que origina una titularidad privativa no sometida ni a la liquidación de sociedad conyugal ni a la herencia del premuerto o quiere decir simplemente que el usufructo pervive hasta el fallecimiento del supérstite, pero que a la muerte del primero hay que someterlo a liquidación y adjudicación, como otro bien cualquiera de la sociedad conyugal; porque la verdad es que con el texto literal del artículo 521 cabe mantener ambas cosas y hay que decidirlo con otros principios más»* (130).

En este punto, las opiniones sustentadas por la doctrina registral y científica, anterior y posterior a la reforma de 1981, pueden estructurarse del siguiente modo:

A) Subsistencia íntegra del usufructo, sin perjuicio de su inclusión en la masa de liquidación

Es el resultado al que llega la Dirección General en sus pronunciamientos de 25 de febrero de 1993 y 8 de julio de 1998.

Del mismo modo, ha sido la forma más común de interpretar, antes de la reforma del régimen legal de gananciales en 1981, las repercusiones que el efecto previsto en el artículo 521 tiene en el momento de liquidación del

(130) TIRSO CARRETERO, *Comentario a la Resolución de 10 de julio de 1975*, cit., págs. 1.453-1.454.

consorcio conyugal, cuando del usufructo conjunto es predicable su carácter ganancial. La no extinción y subsistencia del usufructo hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite no altera, en modo alguno, su carácter ganancial y, en consecuencia, debe formar parte de la masa *dividendo*.

En gran medida, la razón que estaba en la base de esta forma de entender la condición ganancial del usufructo y la operatividad del artículo 521 en el momento de la liquidación obedecía a la inadmisibilidad de donaciones entre cónyuges derivada de su expresa prohibición legal (antiguo art. 1.334): el acrecimiento o incremento que se verifica en favor del cónyuge usufructuario supérstite a la muerte de su consorte, cotitular del usufructo, no supone «donación entre cónyuges, ni inter vivos, ni mortis causa», puesto que el usufructo del cónyuge sobreviviente será ganancial y, como tal, ha de incluirse entre los bienes objeto de liquidación (131).

Afirmado el carácter ganancial del usufructo del cónyuge supérstite y la necesidad de liquidarlo, lo que planteaba dudas a la doctrina era la cuestión relativa a la aptitud del usufructo para ingresar en la masa partible *in natura*.

Algunos autores optan claramente por la vocación a la partición *in natura* del usufructo, por lo que puede ser adjudicado al cónyuge supérstite o a los herederos del premuerto en pago de su parte en el haber ganancial (132); solución que, en opinión de algún otro autor resulta «insostenible, por cuanto pugna con la naturaleza personal y generalmente vitalicia del usufructo que se extingue por la muerte del usufructuario (art. 513 del Código Civil) y que no es transmisible mortis causa» (133). Por ello, a juicio de otros, en virtud del perjuicio que la exclusión del usufructo puede representar para acreedores del caudal común y legitimarios del cónyuge premuerto, lo procedente será colacionar el valor del usufructo por el cónyuge supérstite, permaneciendo éste como usufructuario (134).

(131) Así, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 91, nota 26, y pág. 96, y COMÍN COMÍN, *op. cit.*, pág. 336.

(132) Así, Ruiz ARTACHO, *op. cit.*, pág. 5; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 85.

(133) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pág. 1314.

(134) COMÍN COMÍN, *op. cit.*, pág. 335. RODRÍGUEZ LÓPEZ («Algunas cuestiones...», *cit.*, pág. 1315) critica esta solución porque, en su opinión: «1.º No armoniza con el carácter del usufructo, que, al ser conjunto, vendría a hacer imposible la determinación de la cuantía a imputar. 2.º No encaja con la idea de la adquisición del cónyuge supérstite, que no procede de una atribución que el otro le realiza, ni de la obtención de un especial lucro particular a costa del caudal común, sino que deriva, según teorías, de un fenómeno especial de acrecimiento; de una adquisición «ex lege»; o de la absorción que es propia a todo derecho conjunto. 3.º No tiene, por último trascendencia registra! alguna. Si el Registrador no puede exigir que, cuando el cónyuge viudo pretenda enajenar el usufructo ganancial, se le presente el documento en que conste la liquidación de la sociedad conyugal, mal puede comprobar si se ha imputado o no su valor en la referida liquidación...».

Después de la reforma del régimen económico matrimonial de 1981, a propósito de la Resolución de 21 de enero de 1991, donde se aborda expresamente la cuestión, AVILA NAVARRO (135) considera que la afirmación de la DGRN de que «*tal usufructo "quedará excluido de la liquidación de gananciales" quizá deba interpretarse en el sentido de que el usufructo así constituido quedará excluido de adjudicación en la liquidación de los gananciales, porque debe adjudicarse necesariamente al cónyuge sobreviviente; pero lo que no quedará excluido en la liquidación es el valor de ese usufructo*».

B) *Subsistencia íntegra en favor del cónyuge supérstite quedando excluido de la liquidación*

Esta solución es la acogida, como veíamos en su momento, por la Resolución de 10 de julio de 1975, en base a la constancia registral de un pacto expreso de acrecimiento en favor del cónyuge supérstite y de lo previsto en los artículos 521 y 987 del Código; después de la reforma de 1981, la Resolución de 21 de enero de 1991, acoge la misma solución, si bien en ese momento la dispensa de liquidación la fundamenta el Centro Directivo, no propiamente en el carácter conjunto del usufructo constituido, sino en una voluntaria atribución de privatividad (art. 1.355, *a contrario*) deducida del término «sucesivo» que acompaña al de «conjunto»; y, resulta desconocida por completo, en el pronunciamiento de 25 de febrero de 1993.

Es también la opinión defendida por algunos de los autores que, después de 1981, se han ocupado de la materia, desde el momento en que la nueva legalidad vigente deroga la interdicción de las donaciones entre cónyuges, estableciendo expresamente la libertad de contratación entre los mismos (136).

Significativamente, es el profesor RIVERO HERNÁNDEZ, en su comentario a la Resolución de 21 de enero de 1991 (137), quien señala que «*en el usufructo conjunto de bienes gananciales a favor de ambos consortes y constituido en la forma que conocemos (reserva), entiendo que fallecido uno de los cónyuges su parte en el disfrute de aquéllos pasa al supérstite automáticamente, sin necesidad (ni posibilidad) de hacer liquidación de la sociedad de gananciales, ni tránsito «iure successionis» a los herederos del premuerto de su de-*

(135) CU., RJC, 1992-4, pág. 218.

(136) También RODRÍGUEZ LÓPEZ («Algunas cuestiones...», *cit.*, pág. 1317), como ya hemos tenido oportunidad de indicar, siguiendo la doctrina contenida en la resolución de 1975, mantiene, antes de la reforma del régimen económico matrimonial, la dispensa de liquidación y adjudicación del derecho de usufructo constituido por reserva al enajenar bienes gananciales o por adquisición onerosa, aunque como veíamos por razones bien distintas.

(137) CCJC, n.º 26, 1991, págs. 377 y ss.

recho de usufructo como ganancial. Téngase en cuenta, para entenderlo mejor, que por ser usufructo vitalicio y, por tanto, personalísimo de sus titulares respectivos, fallecido uno de ellos nunca podrá ir ese usufructo a los herederos del premuerto ya que o se extingue como ius in re aliena (art. 513-1." C.C.), consolidándose con la nuda propiedad, o pasa al cónyuge sobreviviente ex artículo 521».

La justificación la encuentra el autor en que cuando ambos cónyuges recíprocamente disponen *«de su mitad ganancial en usufructo de bienes comunes en favor de su consorte de forma que pase a éste el usufructo de esa mitad a su fallecimiento, está sacando de su patrimonio en ese momento (si es por acto inter vivos, en el que estoy pensando por razones ya anticipadas) tal derecho, con lo cual ha dejado de ser ganancial y queda excluido de la liquidación de la sociedad de gananciales a su muerte...»*. Esta posibilidad, a juicio del autor, no plantea duda en la actualidad, en base al artículo 1.323 que consagra la libre contratación entre cónyuges, *«de la que es aplicación particular para un supuesto concreto el artículo 1.355»*. De ahí, *«el reconocimiento por la DGRN de la posibilidad de que los consortes de común acuerdo, provoquen desplazamientos patrimoniales y de bienes gananciales al patrimonio de uno de ellos»*, siempre que tal desplazamiento patrimonial aparezca causalizado. En tales supuestos el desplazamiento y causa que hubo en el acto de constitución del usufructo conjunto y vitalicio es *«una donación recíproca (inter vivos)»*, entre los cónyuges, del usufructo correspondiente, con eficacia aplazada (dato implícito en el tipo de usufructo designado) al fallecimiento de uno de ellos» (138).

También LAPIEDRA FRÍAS defiende la exclusión de liquidación del usufructo que acrece al cónyuge sobreviviente, pero la justificación en este caso se encuentra, al margen de cualquier consideración a la existencia del régimen de gananciales, en la propia naturaleza del usufructo y en la previsión del artículo 521: *«si el usufructo es un derecho personal y vitalicio exige que persista "íntegramente" entre los cotitulares sobrevivientes, de tal modo que: 1. Ni se consolide en parte en favor del nudo propietario, pues debe subsistir hasta la muerte del último de los cónyuges sobrevivientes. 2. Ni pueda corresponder a los herederos del cotitular fallecido, por ser un derecho esen-*

(138) ALBIEZ DORHMANN, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 144-145, siguiendo al profesor RIVERO señala que una de las finalidades de la reserva de usufructo conjunta o sucesiva en favor de los cónyuges es que éste no entre a formar parte de la liquidación de la sociedad de gananciales. Entiende que *«desde luego, cuando la reserva de usufructo vitalicio es conjunta no hay razón para que entre a formar parte de la liquidación de la sociedad de gananciales teniendo en cuenta que la finalidad suya es que el cónyuge superviviente pueda seguir disfrutando de la totalidad del usufructo hasta su muerte. Cuando la reserva de usufructo es sucesiva, no procede la liquidación si se considera que no hay una verdadera sucesión en el derecho de usufructo»*.

cialmente personal. El acrecentamiento respecto de la cotitularidad vacante se producirá tanto si el usufructo es privativo, como si es ganancial; incluso en el caso del cusufructo ganancial con mayor facilidad y claridad. Si prescindimos del supuesto en que exista una voluntad contraria del constituyente del usufructo, el efecto de acrecentamiento sólo se excluirá cuando concurra alguno de los supuestos que, con arreglo al artículo 983 del C.C., impiden el ejercicio del derecho de acrecer. Es claro que sólo en el cusufructo privativo habrá cuotas y por lo tanto posibilidad de aplicar la norma del artículo citado. En el cusufructo ganancial, dada la especial naturaleza de la sociedad de gananciales en la que, por propia definición, mientras la sociedad subsiste, no hay cuota que pueda atribuirse a cada uno de los cónyuges, difícilmente podrán darse ninguno de los casos que excluyen la nota de conjunción y, por tanto, el efecto de acrecimiento. En consecuencia, si fallecido uno de los cónyuges cusufructuarios, su cuota acrece al sobreviviente, no hay que acudir a la liquidación de los gananciales y, en el caso plantado, el cónyuge sobreviviente podrá disponer con plena eficacia de la totalidad del usufructo» (139).

C) Nuestra opinión

Cuando el usufructo se constituye con carácter conjunto en favor de ambos cónyuges (y lo mismo podría decirse del sucesivo) una cosa nos parece clara: el usufructo no se extingue hasta el fallecimiento del último de ellos, salvo previsión contraria en el título constitutivo y ello, con independencia de la calificación privativa o ganancial que merezca el cusufructo; efecto legal previsto en el artículo 521 que coincide con el propósito y finalidad que las partes persiguen: es voluntad de los cónyuges que, fallecido uno de ellos, el sobreviviente siga disfrutando de la totalidad del bien o bienes en el mismo concepto *{jure usufructúa}*.

Ahora bien, otra cosa será que, produciéndose este efecto, cualquiera que sea la calificación que merezca el cusufructo (privativa o ganancial), la previsión del artículo 521, por sí sola, tenga la virtualidad de alterar las normas determinantes de la adscripción del derecho al activo consorcial, originando en el cónyuge supérstite, que resulta favorecido por la ampliación o incremento del disfrute, una titularidad privativa excluida de todo reflejo en el momento de la liquidación (140). Dos pueden ser las interpretaciones po-

(139) LAPIEDRA FRÍAS, «Usufructo y sociedad de gananciales (Res. 25 de febrero de 1993)», cit., págs. 202-203.

(140) En cierto sentido, esta es la opinión manifestada por GARRIDO DE PALMA y otros, *La disolución...*, cit., pág. 105 y 150, quienes respecto del «usufructo constituido (sobre local comercial o vivienda habitual) en favor de ambos cónyuges, por cualquier

sibles que origina el efecto, no excluido por voluntad de las partes, previsto en el artículo 521, cuando el usufructo, conjunto y vitalicio en favor de ambos cónyuges, tenga la condición de ganancial en razón de su adquisición:

- Necesaria adjudicación del derecho en favor del cotitular supérstite. Es decir, en razón del título y forma conjunta de constitución del derecho y del régimen legal establecido por el artículo 521, y no excluido por las partes, lo que queda descartada es una inclusión *in natura* del derecho en la liquidación, porque ha de ser adjudicado al cónyuge viudo. Y ello, porque la norma contenida en el artículo 521 supone, no tanto una excepción a la regla de intransmisibilidad *monis causa* del usufructo vitalicio, sino a la consolidación de la nuda propiedad (141). Por tanto, puesto que el usufructo tiene un destino o *iter* predeterminado legalmente, lo que habrá de tenerse en cuenta en ese momento, dada la condición ganancial del derecho, será su valor, objeto de colación por el cónyuge supérstite.
- Irrelevancia absoluta del usufructo en el momento de la liquidación. Conclusión a la que puede llegarse si se aprecia en la operación un desplazamiento patrimonial entre cónyuges, cuya causa será gratuita (donación). Antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, la prohibición de donaciones entre cónyuges constituía un serio obstáculo para conseguir este propósito. Después de esta fecha, la perspectiva cambia necesariamente en virtud del principio general de libertad de contratación entre cónyuges (art. 1.323). El planteamiento ahora, desde luego, no puede hacerse en base a la inadmisibilidad de relaciones contractuales entre quienes están unidos por un vínculo matrimonial, sino, precisamente, desde el marco general favorecedor de la más amplia libertad de contratación y transmisión de bienes entre cónyuges.

En concreto, respecto de esta segunda posibilidad, la exclusión del usufructo en el momento de liquidación sólo puede realizarse acudiendo a alguno de estos expedientes: voluntaria atribución de privatividad (art. 1.355, a *sensu contrario*) o, al amparo del artículo 1.323, liberalidad o donación entre cónyuges de un bien ganancial. En el primer caso, el acuerdo común de atribución de condición privativa tendría la virtualidad de producir directamente el ingreso del derecho de usufructo en los patrimonios privativos de los cónyuges.

título, con posterioridad al matrimonio, cuyo carácter privativo no conste», además de indicar que en este caso el usufructo subsistirá en favor del cónyuge viudo por aplicación del artículo 521, quien «no precisará el ejercicio de derechos de preferente atribución de ninguna especie porque es la propia Ley la que indica el iter del usufructo», señalan que esto conlleva el que no sea precisa valoración ni compensación alguna.

(141) En este sentido, DORAL, *Comentarios...*, VII-1.", *cit.*, pág. 574.

ges; en el segundo, el derecho ingresaría en el patrimonio común, aunque después, por contrato entre los cónyuges, deje de estar adscrito al mismo. Ambas posibilidades, aun admitidas claramente por la doctrina de la DGRN y el TS, no dejan de suscitar dudas a nivel doctrinal.

La desviación por acuerdo de los cónyuges hacia los patrimonios privativos de un bien que, de operar los preceptos generales debería ser común en razón de las circunstancias específicas de su adquisición, no es una posibilidad admitida claramente en nuestro Código Civil. A pesar de que bastantes autores, y reiteradamente la propia DGRN, han entendido admisible esta posible interpretación *a sensu contrario* del párrafo primero del artículo 1.355.1 en base al reconocimiento general de la libre contratación entre cónyuges, no son nada desdeñables las razones esgrimidas por otros autores que consideran insuficiente el principio recogido en el artículo 1.323 del Código, para considerar admitida la voluntaria atribución de privatividad (142).

(142) Sobre el estado de la cuestión, vid. *supra*, epígrafe III.4 y notas concordantes. Las razones que, según los autores que se han ocupado de la materia, fundamentan el rechazo de la operatividad *a sensu contrario* del art. 1.355 pueden, suscintamente, exponerse de la siguiente manera: GAVIDIA SÁNCHEZ (op. cit., págs. 127 y ss.): El precepto, fundado en el *favor iuris* a la masa ganancial, permite que los cónyuges determinen la masa patrimonial a la que va a quedar adscrito un bien que va a ingresar en la sociedad conyugal. No se trata de provocar la transmisión de bienes entre las masas patrimoniales que conforman la sociedad conyugal, de ahí que el acuerdo no tenga eficacia traslativa, sino de hacer que el bien entre en la sociedad con carácter ganancial. Si el fundamento del precepto se encontrase en el art. 1.323 y se admitiese que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a bienes que serían, conforme al articulado del C.C., gananciales, sería un precepto inútil y redundante, por cuanto nada añadiría al sentido del art. 1.323. Lo que si es posible en base a este último precepto es que los cónyuges otorguen todo tipo de contratos que tengan por objeto bienes que pertenecían a la sociedad conyugal antes del otorgamiento de aquéllos. Pero ello no será fruto de un acuerdo de atribución sino de un contrato entre cónyuges. RAMS ALBESA («La subrogación real...», cit., págs. 342 y ss.) menciona como argumentos en contra los siguientes: 1º. «La apertura plena que hace a la autonomía de la voluntad el art. 1.323 no puede ni debe entenderse en desconexión con los arts. 1.315 y 1.316... Los cónyuges pueden autodotarse el régimen que estimen conveniente, y aun modificarlo si el que tuvieran no se ajustase a sus necesidades, pero no modificarlo por actos concretos de disposición referidos a un bien, sino por los cauces establecidos por la norma y con la forma especial "ad solemnitatem" (art. 1.327); por lo que las exigencias del régimen establecido y vigente para ellos suponen, en todo caso, un límite efectivo y real a su autonomía de la voluntad». 2º. Dada la naturaleza de comunidad germánica de la sociedad de gananciales, la conversión de un ganancial en privativo o la adquisición de un privativo con recursos gananciales puede reputarse como una liquidación anticipada, aunque sea con alcance parcial, con valor de auténtica capitulación matrimonial que requerirá de la observancia de sus solemnidades y tendrá alcance limitado frente a terceros acreedores y legitimarios. 3º. El artículo 1.355 no es tanto un precepto que favorece la atribución en favor de la masa ganancial en detrimento de las privativas, sino una norma que promueve una excepción voluntarista al art. 1.354. 4º. Aunque el precepto supone que una manifestación de voluntad puede desviar los naturales efectos de la subrogación, «tal voluntad por si sola no es suficiente para operar tales

Por otra parte, el trasvase de bienes del patrimonio ganancial a los privativos de los cónyuges, mediante un contrato o negocio jurídico traslativo, especialmente, cuando éste es gratuito (donación), si bien resulta ser una posibilidad claramente admitida por la jurisprudencia y doctrina registral (143), a nivel doctrinal tampoco concita un parecer unívoco. Frente a quienes admiten esta posibilidad sin reservas, siendo aplicables los resortes generales que el ordenamiento concede cuando se lesionan intereses de terceros (simulación, rescisión, en caso de fraude de acreedores, y reducción de donaciones inoficiosas por los legitimarios) (144). Otro sector doctrinal, dado el riesgo de que por la vía indirecta de la contratación entre cónyuges se altere el régimen económico matrimonial sin observar los requisitos de forma y fondo requeridos para tal modificación, lo considera inadmisibles, si no es liquidando, aunque sea parcialmente, el régimen económico matrimonial (145).

efectos sin el concurso de la norma». Concluye el autor señalando que «la libertad de contratación entre cónyuges permite la transmisión de bienes y derechos por cualquier título de una masa privativa a otra, sin ningún límite —la dinámica del fraude es específica (la rescisión) y no genérica y preventiva—, pero la disciplina de la masa ganancial es reglada: la que impone el régimen de gananciales, que hoy no se puede cambiar por voluntad de los cónyuges expresada en forma "ad solemnitatem", pero no relativizar por una afirmación exagerada de la «neonata» autonomía de la voluntad entre cónyuges, que tiene un claro sentido en otra dirección».

(143) Vid., en este sentido, SSTs 13 marzo 1989 (R.A. 2039); 19 diciembre 1997 (R.A. 9110) y RDGRN 2 febrero 1983 (R.A. 1088); 10 marzo 1989 (R.A. 2468), 14 abril 1989 (R.A. 3404), 7 y 26 octubre 1992 (R.A. 8302 y 8582), 28 mayo 1996 (R.A. 4012) y 16 octubre 1998 (R.A. 7227)..

(144) Así, Díez Pícazo, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Art. 1323. Madrid, 1984, págs. 1510-1512; Cabanillas Sánchez («La contratación entre cónyuges», *ADC*, 1985, especialmente, págs., 554 a 563) se muestra favorable a la compra o donación de bienes gananciales por o al patrimonio privativo, sin ser precisa la liquidación de la sociedad de gananciales dada la autonomía de que goza el patrimonio ganancial frente a los privativos de cada cónyuge. No puede hablarse de autocontrato no permitido al ostentar un esposo el doble concepto de vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave que es la contraposición o conflicto de intereses: ambos cónyuges controlan los resultados del contrato, aunque uno de ellos haga de dos partes, pues en definitiva sin el consentimiento de ambos no cabe compraventa del concreto bien ganancial; Gavidia Sánchez, *op. cit.*, pág. 129; Herrero García, *Comentario del Código Civil*. Art. 1323. Madrid, 1993, pág. 597; en el mismo sentido, aunque desde otra óptica de contemplación del concepto de *comunidad* en la sociedad de gananciales, Castillo Tamarit, «Aspectos parciales...», pág. 30 y Echevarría Echevarría, «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias», *RDN*, n.º. 116, 1982, pág. 33; «Los contratos entre cónyuges en el sistema ganancial», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, I. Madrid, 1988, págs. 217 y ss.; Solchaga Loitegui, «Negocios jurídicos entre cónyuges», en *Régimen económico matrimonial y la protección de los acreedores*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 143 y ss.; Poveda Bernal, «Consideraciones en torno al llamado "negocio jurídico de aportación..."», *cit.*, págs. 846 y ss.

(145) Esta es la opinión de Avila Álvarez («El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *RCDI*, 1981, n.º 547, pág. 1387). Álvarez Caperochi,

Como se comprenderá, no es propósito de este trabajo pronunciarse sobre la operatividad a *sensu contrario* del artículo 1.355, cuestión, como ha indicado RAMS ALBESA (146), «*irresuelta y hoy por hoy opinable*», ni acerca de en qué medida la libertad de contratación entre los cónyuges encuentra límites en función del régimen económico matrimonial existente entre los mismos; cuestiones, por otra parte, en las que la aportación científica es nutrida. Lo que desde la perspectiva del estudio que hemos trazado nos parece interesante, quizás sea la respuesta al siguiente interrogante: ¿siempre que el usufructo se constituye con carácter conjunto en favor de ambos cónyuges, mereciendo el mismo la calificación de ganancial, estaremos ante una voluntaria atribución de privatividad, que convierte directamente el *cousufructo* en privativo de ambos cónyuges, o ante una donación entre cónyuges, de manera que en el momento de la liquidación no sólo quede excluida su entrada *in natura*, sino que ni siquiera pueda procederse a computar su valor? En otros términos, puesto que, de la mera constitución del usufructo con carácter conjunto en favor de ambos cónyuges, se sigue que fallecido uno de los cónyuges el disfrute pase íntegro al otro, sin consolidarse con la nuda propiedad, ¿la no exclusión voluntaria de este efecto previsto en el artículo 521, podría ser equiparada a una voluntaria atribución de privatividad (gratuita) o a una donación entre cónyuges?

En nuestra opinión, de la simple constitución del usufructo en favor de ambos cónyuges, sea por reserva al enajenar bienes gananciales o por adquisición onerosa a costa del caudal común, no creemos que pueda apreciarse ni una voluntaria atribución de privatividad, ni una donación de bien ganancial en favor de los patrimonios privativos de los cónyuges. Desde luego, cuando el usufructo se adquiere conjuntamente, sin atribución de cuotas y a título oneroso por ambos cónyuges, la presunción legal es la contraria: el párrafo segundo del artículo 1.355 presume la voluntad favo-

Curso de Derecho de familia, Madrid, 1987, págs. 224-225 y 236-237, para quien, las normas de responsabilidad son de orden público: no cabe atribuir carácter privativo a un bien ganancial si no es liquidando previamente la sociedad de gananciales, pues es en esta sede donde se encuentran las normas protectoras de los acreedores. Si bien la contratación es libre en el ámbito de los patrimonios privativos, tampoco parece que puedan contratar entre sí sobre bienes gananciales si no es previa liquidación. Es más sustraer bienes de la masa ganancial es modificar el régimen económico del matrimonio, que exige escritura pública e inscripción en el Registro civil y contradeciría el régimen restrictivo de la confesión de privatividad. Los cónyuges no pueden comprar para un patrimonio privativo bienes gananciales y mucho menos donarse bienes gananciales si no es mediante liquidación de la masa ganancial. GIMÉNEZ DUART («La adquisición y disposición...», *cit.*, pág. 300) considera admitidas las liberalidades de bienes gananciales entre cónyuges pero deben quedar sometidas a especiales cautelas, preguntándose hasta qué punto no estamos ante una modificación cuantitativa o liquidación parcial del régimen que exige escritura e inscripción registral.

(146) *La sociedad de gananciales*, *cit.*, pág. 191.

rabie al carácter ganancial de los bienes; es una presunción *iuris tantum*, cuya destrucción requerirá prueba cumplida de la voluntad contraria que resultará difícil si no hay un pacto expreso en contrario. Lo mismo sucede en el caso de que entre en juego lo previsto en el artículo 1.353 respecto del usufructo donado o constituido testamentariamente en favor de ambos cónyuges: si la liberalidad es aceptada por ambos y el donante o testador no hubiera dispuesto lo contrario. Pero, tampoco, a nuestro parecer, la constitución del usufructo en favor de ambos cónyuges por reserva al enajenar bienes gananciales implica una atribución o transmisión del patrimonio ganancial a los privativos de los cónyuges. Así, como es posible valorar la existencia de una donación entre cónyuges, cuando alguno de ellos constituye, a costa de su patrimonio privativo o por reserva al enajenar bienes propios, el usufructo, no sólo a su favor, sino también en el de su cónyuge; esta valoración no resulta tan fácil hacerla, si el usufructo se constituye directa (por adquisición) o indirectamente (por reserva) sobre bienes gananciales en favor de ambos cónyuges.

Sin duda, influye en esta valoración la explicación acerca de cuál sea el mecanismo jurídico que justifique el que, al fallecimiento de uno de los cusufructuarios, los que sobreviven amplíen el contenido de sus derechos. Varias son las explicaciones que se han dado:

— Derecho de acrecer especialísimo. En este sentido, la RDGRN 1 de diciembre de 1960 (Ar. 4054) y STS 24 de abril de 1976 (Ar.1924) y autores como DÍAZ CRUZ (147), BELTRÁN DE HEREDIA (148), ROCA SASTRE (149).

— Adquisición *inter vivos* «*ex lege*». Así lo entiende GARCÍA-BERNARDO LANDETA, quien señala «*la voluntad del disponente es decisiva en la celebración del negocio jurídico inter vivos o mortis causa, que causa el título, la cotitularidad en nuestro caso; extenderla también a decidir el destino de la cotitularidad extinguida, nos parece muy fuerte*». Por ello, sigue indicando el autor, «*la expansión del derecho del cusufructuario en el supuesto de hecho del artículo 521 del C.C. participa de la naturaleza de la titularidad privativa, ganancial, común del derecho del cusufructuario supérs-tite*» (150).

— Para RODRÍGUEZ LÓPEZ es la ley unida «*al singular carácter que define los derechos conjuntos*», en los que puede apreciarse la solidaridad o conjunción, sin asignación de cuotas indivisas. De modo que «*si el efecto absorcional se produce, lo hayan previsto o no los cónyuges, a virtud de que tal efecto*

(147) *Los legados*. Madrid, 1951, págs. 254 y ss.

(148) *El derecho de acrecer*, cit., especialmente, págs. 160-162 y 175.

(149) «El llamado derecho de acrecer...», cit., pág. 253.

(150) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, op. cit., págs. 96 y ss.

es consustancial con el usufructo simultáneo o conjunto que aquellos se reservaron en actos inter vivos, no cabe encuadrarlo en la institución de la donación mortis causa» (151).

— Según REVERTE NAVARRO, se trata de una expansión derivada de la cotitularidad del derecho, «*que no supone para los demás usufructuarios la adquisición de un derecho nuevo, ni una mayor extensión del respectivo y propio, por que el derecho conserva idénticas facultades, aunque representa una modificación en la organización de la comunidad al alterarse la proporción o cuota*» (152).

— Valor presuntivo del llamamiento conjunto, en el sentido de que si no consta la voluntad contraria del constituyente o de las partes, se presume la voluntad favorable «*al pase a los que sobreviven de la parte correspondiente al premuerto*» (153).

Pues bien, a nuestro entender, aun cuando la fuente del efecto previsto en el artículo 521 sea la voluntad del constituyente o de las partes (pues, de acogerse otras explicaciones no cabría plantearse la existencia de una atribución gratuita entre cónyuges), esa voluntad parece ir dirigida a excluir lo que sería el efecto normal de la muerte de uno de los cusufructuarios, la consolidación en la nuda propiedad, y a su concentración en favor de los demás, pero por sí sola no creemos que sea suficiente para cambiar la condición o calificación ganancial o privativa que merece el derecho por razón de su adquisición. Por ello, a nuestro modo de ver, no puede ser valorada como atribución de privatividad o donación entre cónyuges, aunque sí como favorecedora de que el derecho continúe en cabeza del cónyuge supérstite, excluyendo su inclusión *in natura* en la masa a dividir, pero sin alterar su condición ganancial.

De ahí, el afán de la RDGRN de 21 de enero de 1991, en dotar de sentido a la mención del término *sucesivo* detrás de *conjunto*, para llegar a la conclusión de que, «*a pesar de estar constituido sobre bienes gananciales, el usufructo pasará en su día al cónyuge supérstite y quedará excluido de la liquidación de gananciales*». Lo que añade el término *sucesivo* a la constitución

(151) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «*Algunas cuestiones...*», *cit.*, págs. 1299 y ss. y, especialmente, 1327 y ss.

(152) REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, págs. 1.121-1.122.

(153) DORAL, *Comentarios al Código Civil...*, VIM.º, *cit.*, págs. 577-578. En este sentido, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, III, *cit.*, pág. 310, para quien, salvo que conste otra, se presume la voluntad del (o de los) constituyente en favor del acrecimiento. Ambos autores reconocen que, si bien este acrecimiento nada tiene que ver con el sucesorio, dado que en ambos casos se produce el mismo resultado (aumento) y encuentran su origen en la misma fuente (voluntad de quererlo o no) puede percibirse entre los artículos 981-987 y 521 una razón de analogía para encontrar en ellos el espíritu legal aplicable al otro.

del usufructo conjuntamente en favor de ambos cónyuges es, en opinión de la DGRN, la existencia de una liberalidad entre cónyuges, que no puede ser apreciada netamente por la sola constitución conjunta del derecho sobre bienes gananciales, puesto que del propio carácter de conjunto lo que se deriva es la no consolidación del usufructo, ni en todo ni en parte, al fallecimiento de cualquiera de los cónyuges. Otra cosa será discrepar, apreciada esta liberalidad entre cónyuges, acerca de la clara y correcta plasmación de la misma con el término *sucesivo* pues, por el diferente desenvolvimiento y naturaleza del usufructo conjunto y del sucesivo, entre ellos existe una relativa incompatibilidad (154). Y, en el mismo sentido, creemos, debe interpretarse la referencia que la Resolución de 8 de julio de 1998 hace al hecho de que, por no haberse modalizado «*con ningún pacto especial*», el usufructo constituido por reserva al enajenar bienes gananciales, es ganancial.

La irrelevancia total del usufructo en el momento de la liquidación solo podrá apreciarse, presupuesta la admisibilidad del juego *a sensu contrario* del artículo 1.355 o las donaciones de bienes gananciales en favor de los patrimonios privativos de los cónyuges, si concurren ciertos requisitos: en caso de atribución de privatividad, cuando menos, acuerdo expreso de los cónyuges, aun sin necesidad de revestir forma especial alguna, para surtir efectos *inter partes* (155), negocio conyugal atributivo que, aun cuando se haga constar en el mismo título adquisitivo o constitutivo del usufructo, tendrá propia autonomía y sustantividad y, desde la óptica de la doctrina registral que admite claramente esta posibilidad, la constancia en el título inscribible de «*una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real*» (156); en caso de donación, su validez, afectando el usufructo a bienes inmuebles, requerirá, además de la concurrencia de voluntades de ambos esposos y ciertos requisitos de capacidad, escritura pública (art. 633 C.C.).

3. USUFRUCTO GANANCIAL CONSTITUIDO EN FAVOR DE UN CÓNYUGE Y SUCESIVAMENTE EN FAVOR DE OTRO.

En este caso, la dinámica es distinta: el usufructo se constituye en favor de uno de los cónyuges y, a su muerte, pasa al supérstite. La muerte de uno de los cónyuges que provoca la disolución de la sociedad conyugal, tiene

(154) Así, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 90, nota 26; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pág. 1317 y RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 383.

(155) Vid., aunque refiriéndose a la atribución de ganancialidad y negando la posibilidad inversa, GAVIDIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 122.

(156) En tal sentido, vid. la resolución de 25 de septiembre de 1990 (R.A. 7153).

efectos diferentes sobre el derecho de usufructo, en función de quien sea el cónyuge premuerto: si lo es el cónyuge que iba a entrar sucesivamente en el disfrute, puesto que el nacimiento del derecho en su cabeza se hace depender de su supervivencia (*conditio iuris*), el usufructo subsiste, si es vitalicio, hasta el fallecimiento del viudo; si quien premuere es el primer titular, nace un nuevo usufructo en favor del otro. ¿Qué ocurre, en cualquiera de estos casos, si el mismo merece la condición de ganancial?; **¿debe o no incluirse en la liquidación de la sociedad de gananciales?**

En el primero de los supuestos (muerte del cónyuge llamado sucesivamente), creemos que la solución será la misma que la que hemos visto *supra*, al examinar el usufructo ganancial constituido en favor de uno sólo de los cónyuges; por el contrario, caso de que quien sobreviva sea el cónyuge que debe entrar sucesivamente en el disfrute, será aplicable, como se entiende comúnmente, el artículo 521 (al quedar constituido en favor de personas vivas al tiempo de su constitución): el usufructo no se extinguirá hasta su fallecimiento. Se reproducen aquí, en cuanto a la incidencia que la aplicación de la norma contenida en el 521 tiene en el momento de la liquidación de la sociedad ganancial, las distintas posiciones doctrinales reseñadas en relación con el usufructo conjunto, en cuanto a la dispensa o no de liquidación del derecho del cónyuge viudo, a las que, algún autor añade, que «*cuando la reserva de usufructo es sucesiva, no procede la liquidación si se considera que no hay una verdadera sucesión en el derecho de usufructo*» (157).

Por nuestra parte, entendemos aplicables las consideraciones que hemos formulado respecto del usufructo conjunto al analizar el alcance que el artículo 521 tiene en el momento de liquidación de la sociedad conyugal, sin que, a nuestro entender, pueda considerarse que, en la constitución sucesiva, la irrelevancia en el momento de liquidación del usufructo que surge al fallecimiento del primer cónyuge designado derive de la inexistencia de «*una verdadera sucesión en el derecho de usufructo*». Ciertamente, puede considerarse que surge un derecho de usufructo distinto, sin que exista sucesión, pero no hay que olvidar que ese nuevo derecho «*deriva directamente de la causa, del negocio jurídico constitutivo*» (158). Por tanto, su condición (ganancial o privativa) vendrá determinada por el negocio generador o título constitutivo.

(157) ALBIEZ DORHMANN, *op. cit.*, pág. 143.

(158) Así, DORAL, *op. cit.*, págs. 65-66; REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, pág. 1128; MORENO QUESADA, *Op. Cit.*

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBACAR y CAVANILLAS, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, II. Madrid, 1991.
- ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil Español*, III. Barcelona, 1982.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones jorales*, VIII-2.º, Madrid, 1986.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones jorales*, XIII-2.º. Madrid, 1981.
- *Comentario del Código Civil*. Art. 620. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- «Donación *monis causa*, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1473 del Código Civil», *RDP*, junio, 1997, págs. 486-510.
- ALBIEZ DORHMANN, *Negocios atributivos post mortem*. Barcelona, 1998.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho reales*, II. Madrid, 1987.
- *Curso de Derecho de familia*, Madrid, 1987.
- *Curso de Derecho hereditario*. Madrid, 1990.
- AMORÓS GUARDIÓLA, «Comentario a la Resolución DGRN de 31 de enero de 1979», *RCDI*, 1979, n.º 547, págs. 1531-1540.
- «Usufructo ganancial conjunto y sucesivo», *Boletín del Colegio de Registradores*, 1995, n.º 4 (2ª Época), págs. 1095-1096.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «El principio de subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente del artículo 498 del Código Civil», *RDP*, 1992, págs. 319-350.
- AVILA ALVAREZ, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *RCDI*, 1981, n.º 547, págs. 27-45.
- AVILA NAVARRO, «Comentario a la Resolución DGRN de 25 de febrero de 1992», *RJC*, 1992 —4—, págs. 1105-1106.
- BARABÉ-BOUCHARD, *Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 14 de enero de 1997*, Sem. Jur., 1997, págs. 607-609.
- BELTRÁN DE HEREDIA, P., *El derecho de acrecer*. Madrid, 1956.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el Derecho español*. Madrid. 1954.
- «Usufructo sobre usufructo en la legislación española», *RDP*, 1941, págs. 225-240 y 293-303.
- BENAVENTE MOREDA, *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.
- BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XI-1.º, dir. por Cicu Y MESSINEO, Milano, 1979.
- BLANQUER UBEROS, «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 1981, págs. 7-71.
- «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *AAMN*, 1982, págs. 43-142.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación entre cónyuges», *ADC*, 1985, págs. 505-584.
- CADARSO PALAU, *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid, 1993.
- CÁMARA ALVAREZ (DE LA), «La sociedad de gananciales y el registro de la propiedad», *ADC*, 1986, págs. 339-535.
- «Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio», en *Homenaje a Vallet*, II. Madrid, 1988, págs. 103-232.
- CARRETERO GARCÍA, «Comentario a la Resolución DGRN de 10 de julio de 1975», *RCDI*, n.º 511, 1975, págs. 1452-1458.

- CASASUS HOMET, «Actos dispositivos, con reserva de usufructo, que favorece al cónyuge del disponente», *RDN*, enero-marzo, 1966, págs. 185-193.
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, II-2.º, Madrid, 1988.
- CASTÁN y GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, Madrid, 1987.
- CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales», *RDN*, 1983, págs. 7-47.
- CLEMENTE MEORO, *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coord. por LÓPEZ Y LÓPEZ y MONTES PENADES. Valencia, 1994.
- COMÍN COMÍN, «Notas sobre el usufructo a favor de ambos cónyuges simultánea o sucesivamente», *RDN*, julio-diciembre, 1967, págs. 333-340.
- CUENA CASAS, *Comentario a la sentencia del TS de 25 de julio de 1996*, CCJC, enero-marzo, 1997, n.º 43, ref. 1157.
- CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la Resolución DGRN de 10 de julio de 1975», *ADC*, 1977, págs. 916-918.
- «Comentario a la Resolución DGRN de 31 de enero de 1979», *ADC*, 1982, págs. 502-510.
- *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II. Madrid, 1982.
- «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», *RCDI*, enero-febrero, 1993, n.º 614, págs. 219-234.
- CHICO Y ORTIZ y BONILLA ENCINA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, II. Madrid, 1968.
- DÍAZ CRUZ, *LOS legados*. Madrid, 1951.
- DIEGO (DE), *Instituciones de Derecho Civil*, I. Madrid, 1959.
- DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III. Madrid, 1998.
- *Sistema de Derecho civil*, IV. Madrid, 1995.
- DÍEZ PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II. Art. 1.323. Madrid, 1984.
- *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, III. Madrid. 1995.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, VII-1.º Madrid, 1992.
- D'ORS y BONET CORREA, «El problema de la división del usufructo», *ADC*, 1952, págs. 62-124.
- ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias, *RDN*, n.º 116, 1982, págs. 7-36.
- «Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», *RDN*, 1983, págs. 341-398.
- «La comunicación ganancial», *ASN*, 1988, págs. 115 y ss.
- «Los contratos entre cónyuges en el sistema ganancial», en *Homenaje a VALLET DE GOYTISOLO*, I. Madrid, 1988, págs. 217 y ss.
- FERNÁNDEZ COSTALES, *El usufructo voluntario de herencia*. Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ OSSORIO, *La cogestión de los bienes gananciales*. Madrid, 1997.
- FONSECA GONZÁLEZ, «Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil», I y II. *RDP*, 1986, págs. 8-46 y 107-131.
- FUENMAYOR CHAMPÍN (DE), «Sobre una revisión de las donaciones *monis causa* en nuestro Código Civil», *ADC*, 1951, págs. 1082 y ss.

- G. D., «Comentario a la sentencia del TS de 7 de junio de 1960», *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1960, págs. 523-526.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Usufructo sucesivo de cónyuges y cusufructo», *RDN*, enero-marzo, 1967, págs. 61-111.
- GARCÍA CANTERO, *Comentario del Código Civil*. I. Art. 498. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- GARCÍA URBANO, *Comentario del Código Civil*. II. Arts. 1.406 y 1.407. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- GARRIDO CERDA, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *AAMN*, 1982, págs. 87-122.
- GARRIDO DE PALMA, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ GONZÁLEZ y VÉLEZ BUENO, *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid, 1985.
- GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I. 7.^a ed. Madrid, 1982.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad*. Madrid, 1986.
- GIMÉNEZ DUART, «LOS bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RCDI*, 1982, n.º 584, págs. 117-144.
- «La adquisición y disposición de gananciales por un sólo cónyuge (Ensayo contra el artículo 1.322)», *AAMN*, XXVIII, 1987, págs. 233-364.
- «Comentario a la Resolución DGRN de 21 de enero de 1991», *Boletín Informativo del Colegio Notarial de Barcelona, La Notaría*, febrero, 1991.
- «Comentario a la Resolución DGRN de 25 de febrero de 1993», *Boletín Informativo del Colegio Notarial de Barcelona, La Notaría*, marzo, 1993.
- «Comentario a la Resolución DGRN de 7 de febrero de 1995», *Boletín del Colegio Notarial de Barcelona, La Notaría*, marzo, 1995, págs. 173-177.
- GINER GARGALLO, «Donación de una finca por el titular registral a su hijo, reservándose el donante el usufructo para sí y para su esposa», *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 24, págs. 911-913.
- GÓMEZ CORRALIZA, «Admisibilidad del derecho de acrecer en los negocios *Ínter vivos*, incluidos los onerosos», *RDP*, 1991, págs. 827-862.
- GÓMEZ GÁLLIGO, «Comentario a la Resolución DGRN de 7 de febrero de 1995», *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, n.º 62, abril-mayo, 1995, págs. 37-39.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario a la sentencia del TS de 13 de junio de 1995», *CCJC*, sep-dic, 1994, n.º 36, ref. 975.
- GRIMALDI, «Nota a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de abril de 1983», *Dalloz*, 1986, I, págs. 31-34.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, «La naturaleza de la actual sociedad de gananciales», *ADC*, julio-septiembre, 1992, págs. 875-928.
- GUTIÉRREZ JEREZ, *El legado de usufructo en el Derecho civil común*. Valencia, 1999.
- HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil*. II. Art. 1.323. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho mercantil*. Barcelona, 1990.
- JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 C.C.)*, Madrid, 1996.

- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III-2.º, Barcelona, 1991.
- *Elementos de Derecho civil*, IV-1.º, Barcelona, 1990.
- *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.
- LAPIEDRA FRÍAS, «Usufructo y sociedad de gananciales (Res. 25 de febrero de 1993)», *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre, 1993, págs. 194 a 203.
- LARROUMET, *Droit Civil. Les biens*, II. París, 1985.
- LUCINI CASALES, «El derecho de acrecer en los negocios jurídicos *Inter vivos*», *Estudios en homenaje al prof. Federico DE CASTRO*, II. Madrid, 1976, págs. 239-272.
- MADRIDEJOS SARASOLA, «LOS derechos personalismos», *RDP*, 1962, págs. 270-285.
- MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales y sociedad civil», *ASN*, 1989, págs. 301-331.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, V, Madrid, 1972.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario», *ADC*, 1989, págs. 813-868.
- MARNIERRE, «Nota a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de abril de 1983», *Sem. Jur.*, II. 1984, 20257.
- MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales, restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, «El usufructo *ex testamentis* en su regulación positiva», *RDN*, 1968, págs. 273 y ss.
- MARTÍNEZ SANCHE, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», *AAMN*, XXVI, 1985, págs. 357-404.
- MAZEAUD Y CHABAS, *Lecons de Droit Civil*, 11-2º, París, 1994.
- MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «La transmisión de bienes con reserva de usufructo a favor del transmitente y de su cónyuge», *RDN*, julio-diciembre, 1966, págs. 269-286.
- «Más sobre el usufructo a favor del cónyuge del donante y otras cosas», *RDN*, julio-diciembre, 1967, págs. 375-391.
- MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, «El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo», en *Estudios de Derecho Privado*, II. Madrid, 1965, págs. 494-558.
- MORENO QUESADA, *Comentario del Código Civil*. Art. 521. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- Mozos (DE LOS), «*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*», XVIII-2.º, dir. por ALBALADEJO, XVIII-2.º, Madrid, 1984.
- NOÑEZ IGLESIAS, «La donación de inmueble encubierta como compraventa», *RCDI*, 1991, pág. 1826.
- *Comunidad e indivisibilidad*. Madrid, 1995.
- ORTEGA PARDO, «La hipoteca del usufructo y su extinción», *RDP*, 1946, págs. 822-838.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, «La intransmisibilidad del usufructo en Derecho romano y el artículo 480 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor MENÉNDEZ*, IV. Madrid, 1996, págs. 5013-5029.
- O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, III. Madrid, 1997.
- PALERMO, «Usufrutto, uso e abitazione», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*. Torino, 1966.

- PARRA JIMÉNEZ, «De nuevo sobre la donación *mortis causa* y el Código Civil», *RCDI*, 1952, págs. 185 y ss.
- PATARIN, «Nota a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de abril de 1983», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1984, págs. 349-350.
- «Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 4 de abril de 1991», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1992, págs. 165-166 y 598-599.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La sociedad de gananciales*. Madrid, 1989.
- *Comentario del Código Civil*. Arts. 1.344 a 1.347 y 1.355. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «La enajenación del usufructo y el Código Civil», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, II. Madrid, 1990, págs. 1593-1616.
- PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, traducción y comentario al *Tratado de Derecho Civil*, III-2.º, de ENNECCERUS, KIPP y WOLF. Barcelona, 1937.
- PORRAS IBÁÑEZ, «Donaciones y disposiciones testamentarias», *RCDI*, 1964, págs. 764 y ss.
- POVEDA BERNAL, «Consideraciones en torno al llamado «negocio jurídico de aportación» a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *RCDI*, mayo-junio, 1997, págs. 799-888.
- PRETEL SERRANO, *Comentario del Código Civil*. Art. 1.349 y 1.353. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1956.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-2.º, Barcelona, 1979.
- *Fundamentos de Derecho civil*, V-2.º, Barcelona, 1963.
- «Anotaciones a BOEHMER», *El Derecho a través de la jurisprudencia*, Barcelona, 1959, págs. 219 y ss.;
- QUARANTA-PREDEN, *Usufrutto*, en *Commentario al Codice civile*, III, dir. por DE MARTINO. Roma, 1972.
- RAMS ALBESA, «La subrogación real en la sociedad de gananciales», *RDN*, julio-diciembre, 1984, págs. 297-351.
- «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», *RCDI*, 1985, págs. 727-836 y 927-1.069
- *La sociedad de gananciales*. Madrid, 1992.
- REVERTE NAVARRO, «Pluralidad de titularidades en el usufructo», *RDP*, 1979, págs. 1115 a 1130.
- RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad del artículo 1355 del Código Civil», *RCDI*, n.º 559, 1983, págs. 1413-1434.
- RIEG, voz *Usufruit*, Rep. Dalloz de Droit civil, VIL París, 1980.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Comentario a la resolución DGRN de 21 de enero de 1991, *CCJC*, 1991, ref. 677, págs. 375 a 386.
- ROCA SASTRE, «El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho sucesorio y fuera de él», en *Estudios de Derecho Privado*, II. Madrid, 1948, págs. 217-257.
- «Donaciones *mortis causa*», en *Estudios de Derecho Privado*, U, *cit*, págs. 571 y ss.
- ^— *Derecho Hipotecario*, II. Madrid, 1954.
- ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, V. Barcelona, 1997.

- *Derecho Hipotecario*, VII. Barcelona, 1998.
- ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, III. Barcelona, 1994.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, «Disposición onerosa de inmuebles gananciales», *RDN*, julio-dic, 1958, págs. 129-228.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades. La Comunidad de usufructuarios y el usufructo de cónyuges», *RCDI*, n.º 535, 1979, págs. 1269-1324.
- «Más acerca de la innecesidad de que el usufructo ganancial requiera, en su caso, ser incluido en la liquidación de la sociedad conyugal», *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 157, 1980, págs. 360-362.
- RUIZ ARTACHO, «La reserva de usufructo, en favor de uno o de ambos cónyuges, en las enajenaciones de nuda propiedad otorgadas por los mismos», *RCDI*, n.º 284, 1952, págs. 1-19.
- SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1991.
- SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, I, Madrid, 1958.
- SCAEVOLA, *Código Civil*, IX. Madrid. 1948
- *Código Civil*, XI-2.º, Madrid, 1943.
- *Código Civil*, XXII. Madrid, 1967, revisado por REYES MONTERREAL.
- SOLCHAGA LOÍTEGUI, «Negocios jurídicos entre cónyuges», en *Régimen económico matrimonial y la protección de los acreedores*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 121-156.
- TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II. Arts. 1.346, 1.353 y 1.355. Madrid. 1984.
- VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, II. Madrid, 1910
- VALLET DE GOYTISOLO, «Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y, para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores». *RDP*, 1946, págs. 943-958; trabajo recogido posteriormente en *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*. Madrid, 1980, págs. 408-452.
- VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*. Madrid, 1982.
- VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*. I y II. Madrid, 1928, traducida por Atard y anotada por CASTÁN TOBEÑAS.
- VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 1-1.º, Barcelona, 1991.
- VIDAL FRANCÉS, Comentario a la resolución DGRN de 7 de febrero de 1995, *RCDI*, n.º 630, 1995, págs. 1850-1862.
- YAGO ORTEGA, «Acercas de la titularidad sobre los gananciales», *RDN*, 1979, págs. 373-394.
- ZENATI, «Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 14 de enero de 1997», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, avr-juin, 1998, págs. 414-416.
- «Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 2 de diciembre de 1997», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, oct-déc, 1998, págs. 937-939.

ROSA GARCÍA PÉREZ

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil
de la Universidad de Granada.