

En definitiva estamos ante un paso más en la creación práctica del instituto de la autocontratación por la DGRN que recuerda que la autorización especial para autocontratar concebida en los términos más generales no dispensa de una calificación rigurosa y estricta del negocio realizado, dados los términos del poder, incluso cuando se den los elementos básicos de ese negocio, calificación tanto en lo que se refiere a la causa como en lo que se refiere a sus condiciones, excluyendo la validez del autocontrato cuando de esa calificación resulte la manifestación práctica de los intereses contrapuestos de las partes.

(BOE de 3 de junio.)

Resolución de 7 de febrero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Es posible la consolidación del usufructo adquirido a cambio de renta en estado de casada en régimen de gananciales, con la nuda propiedad adquirida previamente por herencia.

Hechos. En el Registro de la Propiedad de El Escorial se presenta una escritura denominada de «extinción de condominio y extinción de usufructo» comprensiva de cinco fincas de las cuales una de ellas se indica en la escritura que es comprensiva de las dos terceras partes de la mayor finca primitiva y que sobre la misma se encuentran construidas dos viviendas tipo A, subvencionadas; *inscrita ya esta finca como finca independiente.*

Pertenece esta finca en cuanto al usufructo vitalicio de 2/3 a doña C. y en cuanto a la nuda propiedad de las mismas y el pleno dominio del 1/3 restante, por partes iguales a doña A. y don J., *todo ello por título hereditario.*

Como apreciación previa para la cesación de comunidad, se divide materialmente la finca en cuestión en otras dos «trazando una línea recta y perpendicular al eje de la carretera de El Escorial a Guadarrama» (lindero norte), quedando la finca dividida en dos mitades exactamente iguales. *En ninguna de las dos parcelas resultantes se hace referencia alguna a las dos viviendas subvencionadas construidas sobre la finca primitiva.* Se afecta la división y posterior adjudicación con la condición suspensiva de obtener la licencia de la Comunidad Autónoma.

Doña C. cede el usufructo vitalicio que le pertenece sobre esta finca y otras, a sus dos hijos: doña A. y don J., *a título oneroso y a cambio de renta vitalicia*, indicándose expresamente que en cuanto al correspondiente a la finca en cuestión «su transmisión provoca la extinción por consolidación, al ser los adquirentes los actuales nudos propietarios». Comparece en la escritura el esposo de doña A., *pero no la esposa de don J.* Solicitándose tan sólo la inscripción del lote correspondiente a doña A.

El Registrador suspende la inscripción por los siguientes defectos:

- 1.º Resultar el usufructo adquirido a título oneroso y a cambio de renta vitalicia por doña A., de carácter presuntivamente ganancial, por lo que no procede la consolidación del pleno dominio en dicha señora.
- 2.º No haber lugar tampoco, en consecuencia, a la adjudicación que a ella se hace en la extinción de condominio.
- 3.º No aparecer las viviendas subvencionadas que constan en la finca matriz, integradas en ninguna de las fincas que resultan de la división.

La interesada doña A. y su esposo interponen recurso gubernativo en la que, sustancialmente alegan:

— Que el marido de la interesada compareció en la escritura y prestó su conformidad *tácita* a la adjudicación con carácter privativo, por lo que la adquisición se realiza con tal carácter procediendo, en consecuencia, la extinción y adjudicación.

— Que en cuanto a la omisión de especificar a quién de los hermanos se adjudican las edificaciones, no justifica la suspensión, pues caben soluciones posteriores y también puede ocurrir *que dichas viviendas no existan, estén en ruinas y no merezca la pena su inscripción*.

Admitido y dado traslado del recurso, el Registrador informa:

— Que la adquisición del usufructo tiene lugar a título oneroso, por lo que tiene carácter presuntivamente ganancial (art. 1.361 CC) y por tanto no se consolida el pleno dominio (art. 513 CC).

— La mera comparecencia del cónyuge de doña A. no implica necesariamente la conformidad a la inscripción (extinción) del usufructo con carácter privativo, pues puede requerirse para otras cláusulas de la escritura (se cita la sexta que no interesa para el recurso) y si se quiso obtener este resultado, se debió proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.323 CC y en relación con los 609, 1.255 y 1.261.

— La especificación de la finca resultante de la división en que se encuentran las viviendas existentes es derivación lógica e inevitable del principio de especialidad y determinación.

El Notario autorizante, por su parte informó:

— Que al ser el usufructo un derecho limitativo *no puede, ni presumirse ni interpretarse ampliamente, por lo que en caso de duda sobre su subsistencia debe estimarse que se extingue por consolidación* y que *la extinción del usufructo por contraprestación onerosa debe tener el tratamiento de las mejoras*. Que en todo caso la inscripción habría de hacerse a nombre de doña A. por imperio del artículo 94 RH, *aún con carácter presuntivamente ganancial*, no siendo posible inscribir a favor de la sociedad conyugal que carece de personalidad, aun admitiendo, como hace la jurisprudencia de la DGRN, la posibilidad *del usufructo ganancial, que la doctrina discute y que esta posibilidad no puede conducir a impedir la extinción por consolidación* querida por las partes (pues si el esposo de la interesada no hubiere estado de acuerdo no habría prestado su consentimiento a la escritura), debiendo estimarse que existe la misma «ratio» que en la extinción de condominio con exceso de adjudicación.

— Que en cuanto al tercer defecto debe partirse de que la referencia a las viviendas no había sido objeto de asiento separado y especial, tratándose de un mero dato descriptivo *sin trascendencia jurídica* «e incluso resulta extraño que en una finca rústica exista referencia a edificaciones indicando su carácter subvencionado sin más datos».

El Presidente argumenta:

— Que por aplicación de *la inexcusable causa de extinción del usufructo, prevista en el número 3, artículo 513 del Código Civil de reunión del usufructo*

«y la propiedad en una misma persona», y en aras de la autonomía de la voluntad, no tiene sentido negar la posibilidad querida por los intervinientes de que el dominio recobre su contenido normal.

— Que al no haber sido la construcción de las viviendas objeto de asiento separado y especial, *pues no se había hecho declaración de obra nueva*, su referencia no resulta exigible a tenor de lo establecido en los artículos 51 y 46 RH.

Estima el recurso y revoca la nota, pero como vemos y en cuanto al tercer defecto, en base a la «errónea» situación registral alegada por el Notario (que resulta extraño no conociera ésta), por lo que o fue ingenuamente víctima de un truco procesal o debió comprobarla pidiendo incluso certificación.

El Registrador apela el auto y tras ratificar las razones de su anterior informe, añade que las edificaciones fueron inscritas como declaración de obra nueva en virtud de escritura (ratificada por otra) que causaron la inscripción segunda en la que se declararon dos bloques de una sola planta con dos viviendas por planta, dos del tipo A y dos del tipo B, éstas, integradas en un solo bloque, fueron después segregadas formando otra finca registral, y quedando las dos del tipo A integradas en la finca registral sobre la que se plantea el recurso.

La Resolución:

En cuanto al primer defecto y, en consecuencia al segundo, derivado de aquél, la Dirección, tras de admitir que:

- La inequívoca consideración del principio de subrogación real que ha de regir la delimitación de las masas ganancial y privativa.
- La exigencia de interpretación estricta de todo precepto excepcional.
- La reiterada admisión por este Centro Directivo de la ganancialidad del derecho de usufructo, y
- La existencia de hipótesis de subsistencia del derecho de usufructo pese a la reunión de éste y de la nuda propiedad en una misma persona.

Son argumentos que militan en favor de la persistencia del derecho de usufructo en el caso debatido, revoca el defecto en el caso recurrido con base a cinco argumentos que pudiéramos considerar generales a los que añade otra serie de circunstancias que concurren en aquél; son las siguientes:

1.º El criterio de ordenamiento jurídico de facilitar los mecanismos de reintegración de las facultades desmembradas en un único sujeto de derecho, para facilitar la explotación económica de los bienes (cita como ejemplos los artículos del Código 1.346, números 4 y 8, 1.347-4, 1.352, 1.359 y 1.360).

2.º La existencia de supuestos en que el carácter de la contraprestación no puede determinar la persistencia del derecho limitativo adquirido por un cónyuge (cita los arts. 603 relativo a la servidumbre de pastos y el 839 relativo a la conmutación del usufructo viual).

3.º Que las repercusiones económicas de la solución favorable a la consolidación son similares cuando no más beneficiosas para el consorcio conyugal que las de la solución contraria, pues a la ganancialidad de los frutos habrá de añadirse el derecho de reembolso al tiempo de la liquidación (art. 1.358) y todo ello sin perjuicio del juego corrector del 1.390.

4.º Que no se menoscaba el derecho de los acreedores que, sobre no disminuirse cuantitativamente el patrimonio ganancial, tienen siempre la acción revocatoria.

5.º Que el objeto específico del negocio es la extinción inmediata del derecho de usufructo y a ello presta su consentimiento el cónyuge de doña A., como lo confirma la cláusula relativa al otorgamiento del título calificado.

A ellos añade que, en el caso planteado, el cónyuge adquirente era también pleno propietario de una cuota del mismo bien gravado *de modo que entre cedente y cesionario existía, si no una situación de comunidad «stricto sensu», sí una coparticipación en la gestión y disfrute de ese bien* (cita los arts. 490 y 392 en relación con el 1.522 CC) y que lo que ahora se pretende es poner fin a una situación de desmembración dominical resultante de una partición y de la incidencia en ella del usufructo vidual y que, si en su día se hubiera hecho uso del derecho de conmutación del artículo 839 no hubiera surgido cuestión sobre una eventual titularidad ganancial sobre los bienes hereditarios.

COMENTARIO

Dos cosas sorprenden en esta Resolución: la primera, que frente a la nitidez y precisión de los argumentos y citas legales que la propia Dirección expone y que «militan en favor de la persistencia, en el caso debatido, del usufructo cuestionado», la argumentación que funda la decisión parece más confusa y vacilante, como si se hubiera intentado justificar una decisión preconcebida, quizá en aras de un interés o conveniencia económica (la no permanencia de derechos limitativos que dificultan el tráfico), que nos parece real, pero menos grave de lo que aparenta, y para solucionar el cual, el Ordenamiento arbitra otros procedimientos (redención, hipoteca conjunta del art. 217 RH, etc.).

La segunda, la poca trascendencia que se da a la segunda cuestión (omisión de las edificaciones), a nuestro juicio, la más importante, que la Resolución despacha asumiendo la posición del Notario de que se trata de «un elemento descriptivo complementario y de constatación voluntaria, cuya omisión ni menoscaba la identificación de las fincas, ni compromete la consideración jurídica de parte integrante de las mismas que corresponde a aquellas edificaciones».

Si fuera así, carecerían de sentido no sólo los requisitos a que, ya desde 1946, la LH sujetó las declaraciones de obra nueva, sino más aún, los numerosos y precisos a que la vigente Ley de Régimen Urbanístico las ha condicionado (proyecto de construcción, licencia municipal de construcción, certificación del arquitecto de que se construye conforme al plan y a la licencia y certificación visada por el Colegio de Arquitectos de que la obra se ha terminado). Estos requisitos resultarían desproporcionados si de una simple circunstancia descriptiva se tratase y entronca con dos preocupaciones graves en el momento de publicarse *esta* última Ley: el *control municipal* tendente a evitar edificaciones anárquicas que degradan el hábitat urbano y el medio rural y la necesidad de impedir el *fraude inmobiliario* que permitía vender como edificio construido lo que apenas si tenía la excavación. El criterio apuntado en esta Resolución abre un amplio portillo al fraude (ya insistiremos sobre ello), resulta *retrogrado* y parece inspirado en el *poder* omnímodo del dominio quiritario inaceptable en nuestros días.

La Dirección, respecto al último defecto, se limita a recoger brevísimamente el argumento del Notario, aceptado por el Auto Presidencial; pero el Notario partió de una afirmación falsa: que la obra nueva no había sido objeto de inscripción especial, y el Presidente lo aceptó como presupuesto único de su brevísima argumentación al no resultar contradicho por el anterior informe del Registrador, que tampoco planteó el tema, sin duda por considerarlo obvio.

Es cierto que al introducirse una cuestión de hecho nueva y que resultaba esencial para la decisión del caso, el Presidente hubiera «podido» mediante diligencia para mejor proveer, comprobar la situación registral (elemento básico de calificación) y pedir certificación; no lo hizo y resolvió sobre una base errónea, al menos por su parte; otra cuestión es que el Notario en su informe no adoptase ni esta mínima precaución e incurriese así en falsedad al afirmar tajantemente lo que no era cierto (la inscripción segunda de declaración de obra nueva, se practicó en virtud de dos escrituras, el 7 de mayo de 1962). Pero, en cualquier caso, esta excusa aplicable al Presidente, no es válida para la Dirección, porque el Registrador, en su escrito de apelación ya lo había hecho constar y, no obstante, la Dirección en su Fundamento de Derecho 4, prescinde paladinamente de ello (no obstante recogerlo en el hecho VII) y continúa considerándolo como una simple omisión de descripción. ¿No valía la pena haber profundizado un poco en la cuestión y haber distinguido los dos supuestos: la simple descripción formal y la inscripción de un derecho a lo edificado que se inscribe especialmente? (1).

Apuntada esta peculiaridad de la Resolución que comentamos pasemos al estudio de las dos decisiones que en ella se adoptan:

(1) Antes de la LRU distinguíamos claramente la simple diferencia en la descripción que se resolvía con la fórmula «y que, ahora, según el título presentado...», así los dos supuestos frecuentes: «... con una casa, hoy derruida (o en ruinas)...» o el inverso «... con una alberca (o cobertizo para el ganado, o casa para el guarda)...», siempre que de la descripción no resultare haberse construido un verdadero palacio o un bloque de viviendas. Hoy la cosa, en el supuesto positivo último, resulta más discutible y los Registradores hilamos más fino, pero ni ahora ni antes aceptábamos la omisión de un derecho especialmente constituido e inscrito... sin cumplir los requisitos de cancelación de éste.

Hay una cuestión paralela que vale la pena exponer: la rectificación de superficie, también en los dos supuestos positivo y negativo: «de cabida tres hectáreas, que según reciente medición mide 2,90 ó 3,25»; se inscribía sin dificultad, a lo sumo, en el caso positivo con los requisitos del exceso de cabida. Sin embargo, en mi opinión, la situación es distinta cuando se trata de edificaciones o viviendas (sujetas a licencia y que han de realizarse conforme a ésta) y que pueden entrañar extralimitación y *también cuando la finca procede por segregación de otra*. La razón es muy simple: si mi mujer compra un queso por tres mil pesetas y me dice: «el quesero me ha dicho que pesa 2,700 Kgs. pero —según reciente pesada— pesa 2,400 ó 2,940» no pasa nada; tú has comprado este queso por tres mil pesetas; pero si viene con un trozo de queso y me dice: «he comprado 300 gr. de queso, pero lo he pesado ("según reciente medición") y pesa 500 ó 180 gr.», sí que pasa, porque a ti te falta y allí sobra o al revés. Por eso, en mi opinión, no puede variarse la cabida *sin rectificación de la segregación y sin consentimiento de aquél a quien pueda perjudicar* (que no siempre es el adquirente de la porción segregada). Este problema adquiere dimensiones que trascienden de la pura anécdota en zonas de urbanización, al igual que los sucesivos excesos de cabida por fases, ninguna de las cuales exceda de la quinta parte. Personalmente, siempre que me encuentro con segundos excesos de cabida (y frecuentemente también en el primero) *tengo dudas (y creo que «fundadas») de la identidad de la finca y exijo al menos la certificación catastral*.

Pero esto necesitaría más espacio, y aquí me limito simplemente a apuntarlo.

La primera cuestión es la de la subsistencia o la extinción por confusión de derechos cuando la nuda propiedad tiene carácter parafernial y la adquisición se hace con cargo a la sociedad de gananciales.

Afortunadamente, al menos en este punto, la Dirección prescinde de la argumentación del Notario, basada en el carácter personalísimo del usufructo y en la carencia de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales o, al menos, de personalidad jurídica distinta de la de los cónyuges, porque el Notario olvida que el tema de la confusión de derechos no puede situarse en el ámbito de la conexión personal, sino en el patrimonial, y no puede producirse entre patrimonios separados, bien por su afección a un fin específico o por su situación frente a una suma de responsabilidades y derechos particulares o, como indica J. GÓMEZ GALLIGO (2), «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».

En estos casos, la legislación (y es el supuesto de la sociedad de gananciales) se preocupa de mantener inalterada la masa patrimonial y para ello utiliza el principio de subrogación real que la Dirección ratifica en el «Fundamento» segundo y que reconoce como *argumento que milita en favor de la persistencia*, así como *la exigencia de interpretación estricta de todo precepto excepcional, la reiterada admisión por este Centro de la ganancialidad del derecho de usufructo y la existencia de hipótesis de subsistencia del derecho de usufructo, pese a la reunión de este derecho y la nuda propiedad en la misma persona*.

Pero a renglón seguido de aducir estos argumentos que parecen claros y convincentes, la Dirección pretende desvirtuarlos con una serie de consideraciones:

1.º El criterio que orienta el Ordenamiento Jurídico de facilitar la explotación económica de los bienes y, para ello los distintos mecanismos de reintegración del dominio pleno en un solo titular, que —dice la Dirección— «se ha querido hacer prevalecer sobre el principio de subrogación real». La Dirección cita en apoyo de su tesis los artículos 1.346, 4 y 8, 1.347-4, 1.352 y 1.360, así como los supuestos de redención de la servidumbre de pastos y la conmutación del artículo 839.

Respecto a la alegación de los artículos 1.346-4 y 8 huelga toda observación, pues la propia Dirección en el «Fundamento» anterior (núm. 2) lo declara inaplicable (no obstante lo cual, lo aduce doce líneas después, incoherencia que resalta la falta de argumentos serios en favor de la decisión) y lo mismo cabe decir del 1.347. Mayores problemas plantean los tres siguientes preceptos invocados; todos ellos parecen fundarse en un principio de accesoriedad inaplicable al caso planteado, pero, además, el 1.352, como indica PRETEL SERRANO, pretende resolver la discusión planteada en la doctrina y la jurisprudencia sobre la naturaleza de la ampliación de capital (3), aceptando la posición al parecer mayoritaria; el 1.359 y el 1.360 aplican el principio de accesoriedad en el caso de incorporación de diversos dominios que no parece aplicable al supuesto radicalmente distinto de existencia de derechos limitativos autónomos y no puede descuidarse que el párrafo final del 1.359, al igual

(2) En *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, «Resoluciones...», núm. 62, abril-mayo 1995.

(3) Si se trata de frutos o de capital (vid. *Comentario del Código Civil*, edición del Ministerio de Justicia).

que la presunción del 1.361 implican un trato favorable a la ganancialidad que, de haberse tenido en cuenta en este caso, hubiera conducido a la subsistencia del usufructo.

No obstante, este «Fundamento» plantea el único argumento en favor de la consolidación y en el que estamos de acuerdo: la razón económica contraria a toda limitación que dificulta que los bienes rindan toda la utilidad (individual y social) de que son susceptibles y a la libertad de tráfico jurídico y no cabe duda de que ésta resulta disminuida con cualquier clase de limitación. Lo que ocurre es que esta razón 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 (esto es algo que ya hemos advertido en ocasiones anteriores) enmendar la plana al legislador y desvirtuar el precepto terminante del 1.347-3 de que son gananciales «los bienes (y derechos, asimilados en el 1.346-1) adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos». Este es el sentido de la observación final de JAVIER GÓMEZ GALLIGO (antes citado) de que «el argumento de que debe facilitarse la explotación económica de los bienes, fomentando su atribución a un único sujeto de derecho, no puede ir en contra del régimen jurídico ordinario de los bienes gananciales».

No cabe duda de que el derecho núcleo de dominio posee una «vis atractiva» que tiende a la reintegración (principio de elasticidad del dominio) de los derechos o facultades separadas en cuanto cesa o se reduce la circunstancia temporal que los mantenía en tal situación, pero esta «vis atractiva» queda frenada cuando se trata de mantener la inalterabilidad de un patrimonio especial como soporte de cargas (y este es el objetivo de los gananciales) o de responsabilidades específicas.

El propio GÓMEZ GALLIGO cita como ejemplo el tratamiento del derecho de superficie en el artículo 289 del Texto Refundido de la LRU.

2.º La existencia de supuestos en los que «el carácter de la contraprestación no puede determinar la persistencia del derecho real limitativo o el establecimiento de una situación de comunidad...» De un lado, debe advertirse que los supuestos de adquisición (simultánea o en momentos diferentes) por cuotas, unas gananciales y otras privativas, es y ha sido siempre, práctica normal en nuestra vida jurídica y no parece que el Alto Centro Directivo pretenda forzar en estos casos la consolidación en poder de una u otros o del mayoritario, aunque la razón económica sería la misma; entre sociedad de gananciales y patrimonio privativo existe una interrelación que deriva de una unión personal (y sólo de ésta) y por eso son frecuentes también las garantías de la una en favor de los otros o viceversa, pero ello no puede llevarnos a confundir la diferente titularidad jurídica.

De otro, la cita de preceptos legales (arts. 603 y 839) tan sólo apoya, en el primero, la postura general del derecho favorable a la reintegración del dominio y ésta no es discutida, pero no sus límites; ni establece ninguna prioridad taxativa ni alude a la naturaleza o titularidad de la contraprestación, ni altera los demás derechos que puedan existir sobre la finca (vid. 602); tan sólo exceptiona la norma general de redención del número 6 del artículo 546, estableciendo una redención unilateral que no puede aplicarse a otros supuestos distintos, pues no parece intención de la Dirección la aplicación analógica, estableciendo la redención forzosa del usufructo. Respecto al segundo, aún resulta más difícil su relación con el caso, pues, pese a la imprecisión termi-

nológica del precepto, el artículo 839 tan sólo establece una forma de pago *de la legítima o de los derechos hereditarios del cónyuge viudo*; el usufructo como derecho real *aún no ha surgido* y su alusión juega sólo como referencia del «quantum» a pagar y cuando se conmuta a cualquier otra forma de pago no puede hablarse de consolidación... de lo no desmembrado. Sólo cuando el usufructo como tal, ha sido adjudicado en pago, puede entenderse nacido y su adquisición posterior ha de considerarse una compra ordinaria del derecho que producirá o no la consolidación, según que cumpla o no los requisitos de la confusión, pues el usufructo viudal es enajenable *a cualquiera* y (excepcionalmente y sólo éste entre los considerados usufructos legales) hipotecable, cuya hipoteca, al configurarlo como patrimonio separado afecto a responsabilidades específicas, *impedirla la consolidación* (vid. 107-1.º LH). Es decir, para que la confusión se produzca es preciso identidad entre la titularidad patrimonial del derecho núcleo y del derecho limitativo y ausencia de restricción por afección a responsabilidades específicas en ninguno de ellos.

3.º Tampoco parece convincente el argumento de que al ser el cónyuge adquirente (?) pleno propietario de una cuota del bien, existía una coparticipación en la gestión y disfrute del mismo. Esta es una situación natural en casi todas las adjudicaciones hereditarias que no altera el contenido de los respectivos derechos. La comunidad de gestión y disfrute se establece por la cotitularidad *en la propiedad* (art. 392 y 393 y sigs.), al igual que en el retracto (art. 1.533; no puede retraer el usufructuario a pesar de esa pretendida *comunidad de gestión*) y lo único que sucede es que la representación de la cuota afecta a usufructo, se atribuye «*exclusivamente*» en lo referente a administración y percepción de frutos, al usufructuario. La argumentación más bien parece conducir a la conclusión contraria.

Lo mismo ocurre con la alegación de que si en la partición se hubiera ejercitado el derecho de conmutación no hubiera surgido problema en cuanto a la situación de desmembración, cualquiera que fuera la procedencia de la compensación en metálico [naturalmente! como que no habría habido desmembración, sino pago de una cuota cuyo pago, hecho con dinero ganancial, sería ganancial, por supuesto, pero el «tamtum», no el usufructo que no habría nacido. Tampoco habría problema (posiblemente y salvo los efectos fiscales) si después se rectificara la partición anulando el usufructo y sustituyéndolo por adjudicación en metálico. *Pero no es esto lo que se hizo ni lo que se quiso hacer*; esto, en sí hubiera sido lícito, pero lo que ya no lo es, es pretender este resultado vulnerando el régimen legal de los gananciales.

Y tampoco lo es el argumento de que esta solución resulta más beneficiosa para la sociedad conyugal y sus acreedores al sumarse a la ganancialidad de los frutos (que lo serían, ya fuese el usufructo privativo o ganancial) el valor de reembolso actualizado al tiempo de la liquidación y que en caso de que no fuera más beneficioso siempre quedaría el juego del artículo 1.390 para el posible cónyuge perjudicado y el del 1.111 para los acreedores; por supuesto, pero esto no tiene nada que ver con el régimen legal de los bienes, y podríamos decir que «para este viaje no necesitábamos alforjas» y sobrarían todas las presunciones y garantías recogidas casuísticamente por el Código.

4.º Para rematar esta cuestión, la Dirección asume el argumento del Notario de que «es objetivo específico del negocio la extinción inmediata del usufructo y que a ello presta su consentimiento el cónyuge de doña A.».

Aparte de que el consentimiento no resulta nada claro (el propio Notario reconoce en su informe que «su intervención no es a este fin», y en el otorga-

miento no utiliza la fórmula usual en los actos complejos de conformidad «a todo el contenido de esta escritura», sino el indeterminado de «así lo otorgan») y el Registrador lo entiende referido exclusivamente al pacto sexto (determinación de proporcionalidad ganancial y privativa de la finca adjudicada por razón del distinto carácter de la masa de bienes en comunidad, y ya es sintomático que no comparezca en la escritura la esposa del otro copartícipe a la que afectaría igualmente el tema del usufructo, pero no la estipulación sexta), el hecho de que esto fuera lo que querían las partes no significa que sea válido, pues la autonomía de la voluntad, y esto es algo que nadie discute y menos el propio Notariado, se encuentra condicionada y limitada por el derecho objetivo y el régimen económico-matrimonial (como, en general, el derecho de familia) es de derecho necesario, aunque no precisamente derecho público.

Incluso resulta muy dudoso que el consentimiento de los cónyuges pueda atribuir carácter privativo, pues los términos literales del artículo 1.355 sólo permiten el pacto de atribución de ganancialidad a los bienes adquiridos a título oneroso con independencia del carácter de la contraprestación (4).

En resumen, no convence la argumentación de la Dirección para revocar el defecto en vista del Derecho positivo aplicable aunque, en términos *de lege ferenda* hay una indudable razón económica para que se admita la consolidación de los derechos limitativos con prevalencia a la conservación inalterable de los patrimonios familiares. Lo que ocurre es que el Registrador, el propio Notario, la Dirección y los mismos jueces están para cumplir y hacer cumplir el Derecho estatuido y no para enmendar la plana al legislador, y esto vale, incluso muerto MONTESQUIEU, por muchas razones doctrinales que haya para ello, en todo Estado que pretenda ser «Estado de Derecho».

La segunda cuestión del recurso es (ya lo decíamos al principio) bastante más trascendental, y pone en duda toda la moderna orientación tanto en materia de régimen urbanístico como de represión del fraude inmobiliario. El criterio de la Dirección que, paladinamente, prescinde de la circunstancia esencial de que existe un asiento registral específico (la inscripción segunda) de declaración de obra nueva, como si los pronunciamientos del Registro y su concordancia con la realidad fueran una cuestión baladí, resulta indefendible al empecinarse, como lo hizo el Notario (presumiblemente, de buena fe, pero de manera incomprensible y afirmando lo que era falso) en mantener la cuestión dentro del campo formal de las circunstancias de los asientos y prescindir del carácter sustantivo de las declaraciones de obra nueva y las rectificaciones de las mismas (5).

La Dirección estima que las dos parcelas quedan «delimitadas de modo preciso» y que esto «ni siquiera el Registrador lo cuestiona».

Pues ni siquiera esto es cierto: para empezar, de la antigua finca se segregó el bloque B que ahora o constituye un lindero, que no aparece o va enclavado en una de las dos parcelas de la división, lo que tampoco se dice y, después,

(4) Cfr. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario...*, edición del Ministerio de Justicia, que parece inclinarse, sin demasiada contundencia por la afirmativa, pero recogiendo numerosas opiniones contrarias (GIMÉNEZ DUART, RAMS, GAVIDIA, ALVAREZ CAPEROCHIPÍ). En favor LACRUZ, DE LOS MOZOS y DE LA CÁMARA.

(5) Resulta extraño que JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, siempre tan certero en detectar los problemas de las cuestiones planteadas tanto en los Seminarios de Cataluña como en la Jurisprudencia que comenta, no haya aludido a éste en el comentario ya citado y por breve que éste sea.

el bloque A, comprensivo de dos viviendas que formaban parte de la finca matriz, tampoco se dice si se encuentran en una, en otra o en las dos y, lo que es más serio, al no adjudicarse puede entenderse tanto que continúan en titularidad conjunta de los dos hermanos (en cuyo caso deberían o segregarse o bien constituir un derecho de superficie) como que pertenecen accesoriamente a la parcela o parcelas en que se encuentran... o que han desaparecido, lo que no es cierto.

Estima también que esta omisión no tiene «virtualidad para obstaculizar la inscripción» y ello obliga a plantear las siguientes preguntas:

— La indicación de que existen o han dejado de existir edificaciones en una finca o solar, ¿es una pura circunstancia, al igual que los linderos o el cultivo, confiado a la simple manifestación de las partes o es algo más y debe acreditarse en forma auténtica y surtir efectos sustantivos?

— Existiendo un asiento especial de declaración de obra nueva y omitirse después toda referencia al mismo, ¿debemos cancelarlo?, ¿debemos recogerlo de oficio en una o en las dos parcelas resultantes o debemos simplemente ignorarlo en contra de lo que preceptúa el artículo 1 LH?

Intentaremos un breve comentario sobre las cuestiones planteadas por esta reciente Resolución (6).

Para abordar la primera es preciso situarla en su contexto histórico: el ordenamiento registral cuenta casi siglo y medio de existencia, mientras que los planteamientos urbanísticos y su legislación apenas tienen cuarenta años; la última Ley Hipotecaria data de 1944-46, mientras que la primera Ley del Suelo es de 1956. De aquí resulta que en la relación Registro-Urbanismo sea preciso distinguir tres etapas: la primera, desde la primera LH (1861) a la LH de 1944; la segunda, desde ésta hasta la LRU de 1990-92, y la tercera a partir de esta normativa, si bien con la advertencia de que aunque ésta incide directamente en el Registro y regula terminantemente la relación de éste con el urbanismo y concretamente con la edificación, falta la adaptación coordinadora por parte de la legislación hipotecaria y registral.

Durante la primera etapa, la edificación es un puro hecho y los derechos que de él se derivan se regulan por normas civiles generales, concretamente por las reglas de la accesión en cuanto a la titularidad de lo edificado (arts. 358 a 365 CC) (7). Tampoco se planteaban otros problemas que aparecerán después como consecuencia de la necesaria intervención administrativa;

(6) Obviamente, no abordaremos el tema de la regulación urbanística en relación con el Registro, amplísimo, que desborda nuestro objetivo y, por lo demás, reiteradamente estudiado en gran número de publicaciones, y nos limitaremos a las citas indispensables para aclarar nuestra posición. Entre las obras específicas más recientemente publicadas y a las que nos referiremos en la argumentación, citaremos: *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, de MANUEL MEDINA DE LEMUS (Publicaciones del Centro de Estudios Registrales 1995); *Urbanismo y publicidad registral*, de MERCEDES FUERTES, y *El aprovechamiento urbanístico*, de J. L. LASO MARTÍNEZ y V. LASO BAEZA (ambas publicadas por el Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1995).

(7) Es conocido que nuestro Código intenta armonizar, tanto en materia de edificación como de plantación, dos corrientes divergentes de nuestra tradición jurídica, de raíz germánica y árabe y plasmadas en los aforismos «el que siembra recoge» y «el que siembra en tierra ajena hasta la semilla pierde».

por otra parte, en un Registro que se inicia desde cero tampoco es posible exigir muchos requisitos, garantías y formalidades en cuanto a la titularidad (así en la inmatriculación). Por ello, la edificación o construcción aparece, en cuanto a titularidad, como un derecho anejo o accesorio a la propiedad, y en cuanto a su constatación, como una característica identificadora o descriptiva de la finca al igual que la naturaleza (rústica o urbana, sin mayor trascendencia entonces, pero fundamental hoy), los linderos, el cultivo, la situación (el «paraje») e incluso la cabida.

En este contexto, la decisión del Centro Directivo (que no la justificación, ya que ésta falta totalmente) en la que se da por resuelta la cuestión básica: tratarse de una mera circunstancia identificadora y se invocan sólo los preceptos relativos a ésta (9-1 de la LH y 51-3 y 4 RH) hubiera sido correcta y suficiente; pero desde esta situación han pasado cincuenta años en los que la problemática y la regulación han cambiado sustancialmente y que la Dirección ha barrido de un plumazo volviendo a un planteamiento que ya pertenece a la arqueología jurídico-registral (véanse las Resoluciones de 16 de septiembre de 1863, 22 de diciembre de 1898 y otras de la época a las que parece volver la que nos ocupa) (8).

En la segunda etapa se regula con más cuidado la obra nueva, conscientes de los problemas de planificación urbanística que comenzaban a aflorar, si bien sin demasiada precisión ni exigencias porque se trataba de facilitar la concordancia entre Registro y realidad antes que de garantizar escrupulosamente la legalidad de ésta (arts. 208 LH y 308 RH); se atisba la distinción entre derecho de vuelo (inherente al dominio, aunque desmembrable) y derecho de superficie (*ius in re aliena*) y, más tardíamente los derechos de sobre-elevación y profundización, pero sustancialmente se mantienen las formalidades (o más bien la falta de formalidades) y requisitos anteriores. Aún no se había iniciado la legislación urbanística general.

La tercera etapa, en la que se sitúa cronológicamente y hubiera debido también situarse conceptualmente la Resolución que nos ocupa, cambia radicalmente; el cambio es más profundo que la mera exigencia de requisitos y formalidades con fines de control y se sitúa en la propia naturaleza de las instituciones; el urbanismo y la construcción se configuran como un interés predominantemente *público* (recordamos que todo ello se sitúa en una evolución filosófico-jurídica que sustituye la jurisprudencia de conceptos por la jurisprudencia de intereses) que restringe y delimita las facultades dominicales de derecho privado.

Como indica MERCEDES FUERTES (*obra citada en nota 6*): «En esta conocida legislación (se refiere a la hipotecaria) ha incidido la reforma urbanística. Si el legislador diferencia con nitidez el régimen jurídico de las sucesivas facultades dominicales que surgen de la actuación urbanística, no puede prescindir de establecer medidas o instrumentos que garanticen su cumplimiento. Así, la facultad de edificar, que tiene en principio todo propietario, *exige el cumpli-*

(8) Sin embargo, MORELL Y TERRY, en su *Legislación Hipotecaria* (segunda edición, 1925, Tomo I, pág. 488), ya advertía: «Nosotros creemos (se refiere al título para la inscripción de nuevas edificaciones) que, inscrito el solar, la nueva edificación o plantación debe hacerse constar por escritura pública en la cual, *en su caso*, se inserte la licencia para edificar y la certificación del arquitecto». En cuanto al derecho de superficie, vid. Tomo II, págs. 207-208, y respecto a la extinción y cancelación, Tomo III, págs. 417-418.

miento de los deberes previos urbanísticos, pero además el ejercicio de esta facultad no atribuye por sí solo la edificación realizada al amparo de la licencia otorgada, sino que la adquisición de la edificación sólo se incorpora al patrimonio una vez acreditada la adecuación de la misma con la licencia» y más adelante: «Por consiguiente, no puede defenderse que las edificaciones que se inscriban tras la promulgación de la LR estén exentas de control alguno» (9).

La LRU distingue y delimita el derecho de edificar y el derecho a la edificación, e impone a Notarios y Registradores (art. 37 TR) el control de legalidad de la edificación realizada.

En este contexto no puede sostenerse que la constatación u omisión de las edificaciones en la descripción de las fincas resultantes sea una pura circunstancia sin «virtualidad para obstaculizar la inscripción de la segregación» y que «se trata de un elemento descriptivo complementario cuya omisión ni menoscaba la identificación de las fincas ni compromete la consideración jurídica de parte integrante de las mismas que corresponda a aquellas edificaciones» (10).

Es cierto que en el caso planteado se trata de edificaciones anteriores a la LRU, pero ni siquiera éstas se hayan exentas de control de legalidad (Disposición Transitoria 5.^a) y será preciso acreditar la anterioridad por un lado, y la prescripción de la acción administrativa para restablecer la legalidad urbanística, por otro.

También lo es que en el caso presente no se trate de inscribir «nuevas edificaciones», sino de omisión de las antiguas, lo que obliga a plantearse otro interrogante: la ausencia de precepto expreso, ¿permite deducir que para la constatación registral de la desaparición o no realización de las obras inscritas o aún sólo mencionadas, debe bastar la simple manifestación?, ¿y para la modificación de estructura o destino (buhardillas o sótanos que se convierten en viviendas o locales, cobertura de terrazas, plantas de viviendas remodeladas en locales, garajes, etc.)? En mi opinión y, terminantemente, no; todo ello puede afectar al contenido de las licencias, planes y derechos urbanísticos y, aún en el caso puramente negativo, debe exigirse al menos la prueba de la exactitud del hecho (no construcción o demolición), bien por constancia del Notario (no simplemente porque «se lo digan») o por certificación catastral o municipal o por cualquier otro medio suficiente.

La cuestión presenta otro matiz no desdeñable: la moderna legislación (en varias disposiciones, más aún en exposiciones de motivos y con mayor insistencia en las manifestaciones de ministros y altos cargos de la Administración del Estado, profesionales del Derecho e interesados en los ramos de la construcción y del tráfico) persigue como uno de sus objetivos la represión del fraude inmobiliario y para ello es esencial la concordancia de la realidad con los pronunciamientos del Registro. En el caso planteado no es indiferente que las dos viviendas A no existan, o que se encuentren en una u otra parcela segregada y pertenezcan al dueño de ésta, o que continúen en la cotitularidad que se extin-

(9) Confróntese también LASO Y LASO y MEDINA DE LEMOS, obras citadas en nota 6, págs. 264 y sigs., y 288 y sigs.

(10) Tampoco puede olvidarse, por lo que se refiere a lo de «parte integrante», que la LRU configura el derecho de edificar y el volumen edificable como un valor patrimonial autónomo e independiente del suelo ejercitable sobre todo distinto y susceptible de tráfico jurídico.

gue en cuanto a lo que se adjudica (y que parece abonar el hecho de que se adjudiquen especialmente las dos viviendas B). Cuando menos, el título adolece de una ambigüedad inadmisibile que no debería haber respaldado y bende-cido la Resolución, como tampoco obligar a los posteriores interesados a «ins-pecciones oculares» y comprobaciones o garantías extrarregistrales.

La segunda cuestión que plantea este defecto hace referencia a la propia operativa del Registro:

En la inscripción segunda de la finca matriz (de fecha 1962) se contiene la declaración como obra terminada de las cuatro viviendas (de la que después se segrega el bloque comprensivo de las viviendas tipo B que pasa a formar finca independiente), y que «produce todos sus efectos» mientras no se cancele o se declare su inexactitud. Este asiento debe cancelarse o subsistir. Para cancelarlo necesitamos el consentimiento y la constancia del hecho (ruina o demolición) que origina la desaparición del derecho a lo edificado. No es una simple variación de circunstancias descriptivas, sino de algo que afecta al contenido del derecho que proclama. Ninguno de estos requisitos resulta del documento, y por tanto no podemos cancelarlo.

Si el asiento subsiste y en los asientos posteriores se hace constar específicamente la variación, o si simplemente «corremos un tupido velo» y damos la descripción antigua de la finca o de las nuevas parcelas sin referencia ninguna a la edificación (solución a que parece apuntar la decisión del Alto Centro Directivo) incurrimos en una inexactitud por contradicción o por omisión de los asientos registrales, cuyo contenido íntegro es base de la calificación registral, y las consecuencias pueden ser insospechadas; si podemos simplemente prescindir de los asientos que no nos gusten, tender un puente sobre ellos y enlazar el eslabón del asiento nuevo con el antiguo que más nos agrada, ¿dónde nos vamos a parar? Practicado un asiento, compromete a todos, al Registrador el primero, pero también a interesados, terceros, Dirección e incluso Juez, a asumirlo y a estar y pasar por él mientras no se extinga.

La Dirección ha hecho caso omiso de este asiento, aun advertida por el Registrador en su apelación, y no es ilusorio pensar que en un caso posterior que presente esta característica, el Registrador pueda negar la inscripción, aun después de la Resolución, por incongruencia del fallo.

En resumen, en los dos temas decididos es una Resolución desafortunada que, mucho nos tememos, va «a traer cola» y que ya hemos oído citar para sostener que no hay por qué aludir a las edificaciones, por supuesto buscando finalidades concretas.

P. V. F.