

Derecho real de uso y poder de disposición

Importante doctrina y una serie numerosa de pronunciamientos, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, han hecho familiar la hasta hace poco singular y exótica teoría del usufructo con facultad de disposición; que no obstante gozaba de arraigo en el Derecho consuetudinario y en los ordenamientos federales (J).

No ha suscitado, sin embargo, el derecho real de uso especial preocupación en la doctrina y, salvo en alguna valiosa monografía y estudio recientes, ha venido considerándosele tradicionalmente un hermano menor del usufructo, que subsiste en el Código por obra y gracia del poderoso respeto que merecía la venerable tradición jurídica romana y castellana de las Partidas, de la que la regulación es descendiente legítimo. A esta poco afortunada situación de «Derecho vicario» (2), como se le ha calificado con acierto, ha contribuido no sólo su colocación sistemática en el Código (arts. 523 y sigts. en un capítulo II del título dedicado conjuntamente a los derechos de usufructo, uso y habitación), sino especialmente la remisión general a la normativa de aquel Derecho que el artículo 528 hace «en cuanto no se oponga a lo preceptuado» en un capítulo que no es ciertamente prolijo. Considero, pues, interesante el estudio de la posibilidad de constituir un derecho real de uso con facultad de disposición sobre la cosa usada, por lo que pueda resultar de iluminador de la dogmática del uso, y de las posibilidades que la consa-

(1) Vid. bibliografía en notas al trabajo de SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: «El usufructo con facultad de disponer», en *RDP*, marzo 1982, págs. 215 y sigs. Sobre la **repercusión registral de la facultad extraordinaria de disposición**: CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. III, Pamplona, 1970, págs. 715 y sigs.

(2) RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 21 y sigs.

grada teoría del usufructo con facultad de disposición ofrece. Además es ocasión de aplicar algunas conclusiones de la discutida teoría sobre el tema vidioso del llamado con mejor o peor fortuna «poder de disposición» (3).

PRIMERA CUESTIÓN:

NATURALEZA DEL DERECHO REAL DE USO

A mi entender, las teorías explicativas del derecho real de uso pueden agruparse en dos categorías: la *quetybk onvénbión* podríamos llamar «concepción tradicional» del uso y la «moderna», que trata de salvar la autonomía de esta figura como algo esencialmente distinto de su pariente mayor: el usufructo, bajo cuya sofocante tutela aquella teoría se construyó.

Para la doctrina «tradicional» el uso es un derecho de usufructo limitado a parte de los frutos; los bastantes para satisfacer necesidades alimenticias de una economía familiar. Esta concepción se inicia, como acertadamente apunta RAMS (4) en su obra *Uso, habitación y vivienda familiar*, con la glosa, y es la tesis triunfante al tiempo de la codificación (así en DONELLO y ALTUSIO, en las Partidas, o en DOMAT). El uso es, según se piensa por estos autores, un derecho real que atribuye al titular la facultad de aprovecharse de las ventajas que la utilización conforme a su destino, la cosa pueda reportarle y una facultad accesoria de percepción de frutos en cantidad tal que baste para cumplir las funciones alimenticias que está llamado a satisfacer.

Así, en las fuentes (5):

a) El derecho de aprovecharse del simple uso (*nudas usus*) como «facultad primaria».

(3) En particular, en la doctrina española, vid. F. VILLAVÍCENCIO ARÉVALO, Francisco: «La facultad de disposición», APC, 1950, IV, págs. 1025 y sigs. LADARIA CALDENTEY: *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952. AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás: *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1973, págs. 130 y sigs. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, págs. 105 y sigs. DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. 2.º, Madrid, 1978, págs. 710 y sigs. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER en *Notas a Ennecerus: Derecho civil*, tomo I, vol. 2.º, páginas 49 y sigs., Bosch, Barcelona, 1950.

(4) *Op. cit.* en nota 2, págs. 21 y sigs.

(5) Además de RAMS, *op. cit.* en nota 2, para un estudio de las fuentes romanas es fundamental la doctrina italiana: GROSSO, GV: *Usufrutto e figure affini: nel diritto romano*, 2.ª ed., G. Giappichelli editore, Torino; también las obras clásicas de VENEZIAN: *Usufructo, USO y habitación*, trad. española, tomo II, Madrid, 1928, y PUGLIESE: *Usufrutto, uso, abitazione*, Torino, 1954.

* Gaío, L. 7 ad ed provi D. 7, 8, 1: «Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu».

* Ulp. L. 17 ad Sab. D. esd 2 pr: «Cui usus relictus est₃ UTI POTEST FRUÍ NON POTEST»,

b) El derecho de aprovechamiento parciario, con fines familiares y con los límites negativos que le caracterizan.

III Partida, 3¹₃ 20 (6): «... e de tal otorgamiento como este, non se puede aprovechar de tan llanamente aque! a quien es fecho como del usufrutto. Porque este que ha el uso tan solamente non puede esquilmar la cosa sinon en lo que oviere menester ende para su dispensa, assi como sile otorgan el uso en alguna huerta, que debe tomar de la fruta: o de la ortaliza lo que oviere menester para comer el e su compañía, mas non para dar ende a otri, nin para vender».

No obstante, esta teoría privaba de verdadera sustancia al uso, toda vez que le diferenciaba del usufructo por razones meramente cuantitativas, y hay que tener en cuenta que el Código en su artículo 469 del título destinado al usufructo permite que éste se construya «sobre todos o parte de los frutos de la cosa» (usufructo parciario).

Considero, pues, más acertada la tesis moderna que se basa, en mi opinión, en los siguientes postulados:

a) Si el derecho de uso es algo, necesariamente ha de ser cosa distinta, no solamente en el *quantum* del usufructo: principio de la autonomía del uso.

b) No obstante participar de la naturaleza de derecho real limitado sobre cosa ajena de los de goce o aprovechamiento; el disfrute es algo accesorio y no siempre presente en el uso (7).

c) Que el modo de goce de la cosa es característico del uso «non usque ad compendium, sed ad usum», según las fuentes romanas, «que non puede esquilmar la cosa», en expresión de las Partidas, Esto implica:

- Un goce directo e inmediato, sin injerencias de tercero sobre la cosa (*possessio ad usum*).
- El carácter personalísimo del derecho (que excluye el aprovechamiento por otro y la transmisibilidad del uso, ex artículo 525 del Código Civil).

(d) *Op. cit.* en RAMS: *USO. habitación.*,: la cita de la pág. 18 es errónea: Parüd. ITI, 31, 20.

(7) Así, en *Digesto*, 7,8.14, se nos dice: «En el disfrute está comprendido también el uso, mientras que al simple uso puede faltar el disfrute». Las citas en castellano del *Digesto* se deben a la traducción de D'ORS, A.; HERNÁNDEZ TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA GARRIDO, M., y BUSILLO, J., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968,

- La finalidad de satisfacer las necesidades del usuario y «familia» (por ejemplo, los artículos 524 y 526).

Una vez llegados a estas conclusiones, nos preguntamos la posibilidad de constitución (por virtud del artículo 523 del Código Civil) de un derecho de USO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN.

Un ejemplo aclarará las cosas. Como es sabido, es mucho más frecuente la constitución de un uso gratuito (8) que por título oneroso; supongamos una donación con reserva de uso y con transmisión de uso:

ESTIPULACIONES

Primera. Don X hace donación a Y, y éste la acepta por sí, de la huerta situada ... y que se describe en el exponendo ..., quedando sometida la donación a las siguientes condiciones:

a) El donante conserva el derecho real de uso sobre tal finca hasta su fallecimiento.

h) El donante se reserva, conforme al artículo 639 del Código Civil, la facultad de disponer de tal finca en caso de necesidad, que apreciará según su recto entender y conciencia.

Segunda. Don X dona a Y, que igualmente acepta, el uso del garaje de su propiedad, a la sazón descrito en el exponendo ..., quedando sometida la donación a las condiciones siguientes:

a) El donatario usará las piezas de garaje que basten para las necesidades ordinarias de la familia, pero se le atribuye la facultad de venderlo en caso de que aquéllas le exijan.

b) El donante se compromete a no hacer acto alguno de disposición sobre la finca sin consentimiento, por escrito, del donatario.

Tercera. En ambos casos el usuario queda relevado de toda obligación de inventario y fianza.

SEGUNDA CUESTIÓN:

LA FACULTAD O PODER DE DISPOSICIÓN

En una interpretación simplista de las fuentes romanas, la doctrina intermedia explicó el derecho subjetivo por naturaleza, el dominio, para-

(8) No en vano el *Digesto* contempla la regulación del uso típicamente gratuito, y los textos generalmente se refieren al legado de uso.

dígna de los demás derechos, como una suma agregada de facultades: *DOMINIUM EST IUS UTENDI, FRUENDI, ABUTENDI, POSSIDENDI, ALIENANDI, QUATENUS JURIS RATIO PATITUR*.

Que esta interpretación pesaba sobre nuestros legisladores es buena prueba el tan criticado artículo 348 en su párrafo 1.

Se tuvo, al menos, la fortuna de suprimir «el carácter absoluto» del derecho que el Código de Napoleón agregaba, y ello no sólo porque este Código fuera hijo de su época, sino, como bien dice VILLAVICENCIO, por pura necesidad dogmática en un intento de diferenciarlo de otros derechos subjetivos (9).

Es sabido que la moderna doctrina prefiere entender el Derecho como unidad sintética y se inclina decididamente por la concepción «abstracta y elástica» del dominio.

Si el Derecho es una unidad, el desdoblamiento de facultades es una mera distinción conceptual. Distinción que, por otra parte, la doctrina, bajo el peso de la tradición, no deja de hacer (10).

Desde PLANIOL se viene distinguiendo en la propiedad un núcleo «material» y otro «formal o jurídico». Con IHERING (11), la generalización alcanza a todo Derecho subjetivo, en donde se puede discriminar, según este autor, un poder de goce o aprovechamiento material y una facultad de carácter jurídico que se llamó facultad o poder de disposición, ATARD, en un memorable trabajo (12) se ocupa de la titularidad de goce y de la titularidad de disposición, y JERÓNIMO GONZÁLEZ, en esta *Revista* admitió la posibilidad de que una persona aparezca facultada para otorgar actos inscribibles de transferencia, constitución, modificación o extinción, aunque se halla privada de goce o disfrute económico del derecho inscrito (13).

Vamos a tratar en este ensayo: 1. Estado de la cuestión sobre la naturaleza del poder de disposición. 2. Conclusiones críticas. Como pre-

(9) En realidad, como luego se verá, en todo derecho subjetivo es posible descubrir un núcleo material de goce y otro formal de disposición; también en los derechos de crédito; *vid.* VILLAVICENCIO, *op. cit.*, nota 3, pág. 1033. De esta forma, al expresar «de la manera más absoluta», de un modo vulgar, se quería diferenciar el dominio como el derecho más pleno que hombre puede tener sobre la cosa. El derecho subjetivo es concebido por CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. Ignacio, en «La disponibilidad del derecho subjetivo», *RGLJ*, julio 1986, como «interés disponible», en cuanto todo interés de Derecho privado está protegido por el ordenamiento, otorgando a su titular un poder de disposición.

(10) *Vid.*, por ejemplo, la prolija y conocida clasificación de SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, III, 2.^a ed., Madrid, 1881, pág. 92.

(11) IHERING: *Geist*, III, págs. 60 y 61, según cita de AGUILERA, Tomás, página 131 de *op. cit.* en nota 3.

(12) ATARD: «Ensayo de construcción sistemática de las titularidades *oh rem*», *RDP*, pág. 277, 1924.

(13) GONZÁLEZ, Jerónimo: «El titular», *RCDJ*, 1928, pág. 284.

via a la tercera cuestión, la posibilidad de un uso con poder de disposición.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Es doctrina pacífica que la categoría de negocios jurídicos dispositivos, como opuesta a la de los obligatorios incluye aquellos negocios por virtud de los cuales se altera la esencia y subsistencia de un derecho jurídico preexistente, por medio de un cambio en la situación patrimonial. Esa alteración sustancial puede, como es sabido, consistir en la enajenación o transmisión de la titularidad en favor de un sucesor, el gravamen o la extinción del derecho por su renuncia (14).

La doctrina germana (VON THUR, ENNECERUS (15) exigió para la validez del acto dispositivo un requisito adicional al de la capacidad de obrar; requisito que se predica por la teoría general de todo negocio jurídico, cual es la facultad o poder de disposición cuya doctrina sobre la naturaleza es todo, menos pacífica.

No es este el lugar para discutir los aciertos o desaciertos de una u otra teoría; se han dado muchas explicaciones académicas, ingeniosas, filosóficas o pueriles, pero el cansancio dialéctico es evidente. Me limitaré a exponer las que considero líneas principales de pensamiento.

En la estructura del acto de disposición es preciso distinguir sujeto y objeto: el titular y el derecho que sufre mutación jurídica. En definitiva, el problema de la naturaleza del *ius vendendi* o *disponendi* es cuestión de localización, y se cifra en dar respuesta a este interrogante: ¿Dónde radica el poder de disposición si éste existe? Las respuestas han sido las siguientes, sin pretender, por supuesto, ser exhaustivo:

1) *Tesis objetivas*

Tienen en común admitir la existencia del poder de disposición y su existencia con mayor o menor autonomía fuera de la esfera del titular:

— El poder de disposición constituye elemento/facultad que integra la estructura del derecho subjetivo. Tesis mayoritaria, recibe la adhesión

(14) Como paradigmática, la STS de 6 de mayo de 1927, en donde se dice que... «en el cómputo genérico de disposición como facultad del derecho de propiedad, según el artículo 348 del Código Civil, en virtud del cual el propietario se desprende de todos o parte de sus atributos dominicales, sustituyendo o modificando el destino jurídico de lo suyo, están comprendidos los actos específicos de transmisión, imposición de cargas y de subordinación a una responsabilidad a la que sirve de garantía. Vid., además, Resolución de 10 de junio de 1924.

(15) Citados por CASTÁN; vid. nota 3.

de DÍEZ PICAZO, LADARIA CALDENTEY, VON THUR, PÉREZ GONZÁLEZ ALGUER, etc:

— Otras opiniones son:

a) El poder de disposición como derecho potestativo o facultad de configuración jurídica: MESSINA, GORLA (1.6).

b) El poder de disposición como poder autónomo sobre patrimonio propio o ajeno: CARIOTA FERRARA (17),

c) El poder de disposición como auténtico Derecho subjetivo: FUÁ (18).

d) El poder de disposición como derecho de la personalidad: KOHLER y FERRARA SANTAMARÍA (19).

2) Tesis subjetivas

Sostienen todas ellas que el poder de disposición es una cualidad de la persona. Dos posiciones:

— Como elemento de la capacidad jurídica : FRANCISCO FERRARA.

— Como emanación de la capacidad de obrar: CHIOVENDA.

Aquí podríamos incluir las teorías que introducen el poder de disposición como emanación de la personalidad dentro de la categoría de los «derechos de la personalidad» (20).

3) Tesis complejas o mixtas

Generalmente se entiende el poder de disposición como yuxtaposición de elementos o presupuestos: así PUGLIATTI O VILLAVICENCIO (21).

(16) MESSINA: *Scritti giuridici*, Milano, Giuffré, 1948, pág. 48. GORLA: *Vatio di disposizione dei diritti. Studi in memoria di Ed. Tommasone*, Padova, Sedam, 1937, págs. 131 y 132.

(17) Autor de la teoría general sobre «negocios sobre patrimonio ajeno» en un libro del mismo título citado por LADARIA, *op. cit.* en nota 3.

(18) Para explicar la cesión de bienes a favor de los acreedores en pago de crédito, en «Cess. di beni ai credit», *R. D. Comm.*, 1934, I, núms. 11 y sigs., *vid. nota*, pág. 1042. VILLAVICENCIO, *op. cit.*

(19) KOHLER: *Lehrbuch des bürgerlich en Rechts*, I, Berlín, 1904, pág. 151. FERRARA SANTAMARÍA: *TI potete di disposizione*, Napoli, 1937, págs. 18 y 44.

(20) *Vid.* exposición y cita de estas teorías en AGUILERA, Tomás, *op. cit.*, páginas 134 y sigs.

(21) La teoría de este último puede resumirse así: la facultad dispositiva no integra el contenido del derecho subjetivo y es cosa diversa de la capacidad del sujeto; presupuesta la coexistencia de la capacidad abstracta para disponer y de la aptitud del objeto, la facultad de disponer es el resultado de la concurrencia de la titularidad para la «concreción» del poder de disposición. De esta manera se logra, en opinión del autor, la «desobjetivización de la facultad dispositiva»; *op. cit.*

4) *Tesis críticas*

Niegan la autonomía o sustancia de la facultad de disposición (22). Entre éstas las que lo identifican con la legitimación: MENGONI (23) o MONACCIANI.

2. CONCLUSIONES CRÍTICAS

A mi modo de ver, aparte discusiones eruditas, conviene apuntar algunas conclusiones para explicar ciertas situaciones en que la ausencia o presencia de poder dispositivo es causa de perplejidad en la doctrina:

I) Empecemos por afirmar que el *ius disponendi* es una simple facultad, es decir, con CASTRO, «posibilidad de actuar concedida a una persona como consecuencia de una situación jurídica» (24); caracterizada por atribuir un ámbito de posibilidades de actuación libre dentro del orden jurídico y por carecer de independencia por estar basadas en una situación jurídica principal. Creo rechazable la categoría de Derecho potestativo o facultad de formación jurídica, por la imprecisión y ambigüedad insatisfactorias de toda su doctrina (25).

II) Esta facultad o poder, sin prejuzgar si es de «distinto rango» que las otras facultades del Derecho (26) no se predica tan sólo del derecho de propiedad (art. 348), sino en general de todo derecho por el principio general de la transmisibilidad (*vid.* art. 1.112 CC), salvo cuando por razón del sujeto o del objeto permanece ausente en determinadas situaciones jurídicas.

Esto se traduce en el principio, por todos admitido, de que el titular

(22) *Vid.* LADARIA, *op. cit.*, pág. 22.

(23) Sobre la teoría crítica de la legitimación: AGUILERA, Tomás, *op. cit.*, páginas 145 y sigs. MENGONI: *Las adquisiciones a «non domino»*, págs. 150 y sigs. MONACCIANI: *Azione e legittimazione*, Milano, Giuffrè, 1951, pág. 153. Para Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, la facultad de disponer radica en el derecho subjetivo, si un no titular realiza acto dispositivo sobre bienes ajenos es porque está legitimado directa o extraordinariamente: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1981, pág. 455.

(24) CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Derecho civil de España*, parte general, tomo I, Ed. Casa Martín, Valladolid, 1942, págs. 512 y sigs. El mismo autor incluye la facultad de disposición entre las manifestaciones de la condición jurídica de la persona, a diferencia de las que forman parte del contenido general de un derecho o de relación jurídica.

(25) *Vid.* la crítica en CASTRO, F., y Díez PICAZO, *operae vitae passim*.

(26) VILLAVICENCIO, en *op. cit.*, parte de la opinión de que las facultades tienen una función primaria de carácter material, cual es el aprovechamiento del objeto del derecho, y la facultad de disponer es de «diverso orden» porque su función es jurídica, que no económica y de carácter dinámico.

de todo derecho ostenta naturalmente en exclusiva el poder de disposición sobre tal derecho.

Las excepciones (de interpretación restrictiva) son de distinto orden estructural:

... *Por razón del objeto:*

Hay derechos que, por su naturaleza, carecen de IDONEIDAD para ser objeto apto de un acto jurídico de disposición. En este caso no hay cuestión de si existe o no facultad de disponer; difícilmente podrá plantearse siquiera la existencia de ésta cuando el eventual objeto no es disponible. Y esto no puede negarse: hay derechos reales, personales y «familiares» constituidos *intuitu personae* en los que esto sucede (cfr. art. 1.257 CC), y no digamos las situaciones jurídicas complejas calificadas de «potestad-función»; en que el ejercicio o no ejercicio no es libre.

En lo que a nosotros interesa, el derecho real de uso por su naturaleza es personalísimo. El usuario y sólo el usuario puede aprovecharse de la utilidad que de él se deriva; y no puede ceder a otro su aprovechamiento —arrendándolo o dando la cosa en precario— ni subrogar a otro en su titularidad.

Esto es claro en las fuentes (27):

— GAYO, D. 7, 8, 11: «Es lícito al usuario morar en aquel fundo (...), y no puede vender, ni arrendar, ni conceder gratuitamente a otra persona, el derecho que ostenta».

— MODESTINO, D. 7, 8, 21: «El uso del agua es personal, y por ello no puede transmitirse al heredero del usuario».

— ULPIANO, D. 7, 8, 12: «(...) mas no dará en arrendamiento los servicios del esclavo, ni cederá a otro su uso (...), pues ¿de qué modo podrá conceder a otro los servicios del esclavo, debiendo ser él mismo quien los use?»

Y en las Partidas y en nuestra legislación (Partida III, 31, 20; artículo 523 CC; art. 108, 3, LH).

Otra distinta cuestión es si por virtud de título constitutivo puede excepcionalmente el usuario ser relevado del modo de usar personalísimo y autorizado a disponer del mismo derecho; y si en caso de ocurrir esto puede seguirse hablando de uso. Sobre el carácter de *ius cogens* o no del artículo 523 se han formulado doctrinas contrapuestas, y la solución no es pacífica (28).

(27) *Op. cit.*, nota 7.

(28) Sobre la discusión de si es de esencia al uso el carácter personalísimo, y de si es imperativo o de *ius cogens* el artículo 523, se han formulado tesis

— *Por razón del sujeto:*

Presuponiendo la capacidad jurídica —porque sí ni siquiera se es sujeto, difícilmente hay cuestión de la existencia de facultad de disponer— en los que carecen de plenitud de capacidad de obrar está ausente el poder dispositivo y precisan completar o suplir la deficiencia por medio del instituto de la representación. En tanto que sujeto jurídico, el menor, incapacitado..., es apto para ser titular de la facultad de disponer de sus derechos, pero como carece de plena capacidad de ejercicio, no puede por sí realizar acto jurídico de disposición eficaz sobre su propia esfera jurídica: requiere un no-titular (representante) que coopere a la eficacia de dicho acto dispositivo (29).

A veces ocurre que sujeto capaz, titular de un derecho, no puede, sin embargo, realizar acto de disposición concreto por sufrir la energía enervante de una prohibición de disponer; cualquiera sea su origen. En estas circunstancias podría entenderse que está privado de la facultad de disponer, pero en mi opinión mejor podría explicarse como una situación jurídica transitoria de paralización del poder —que subsiste— de disponer del derecho.

La facultad no desaparece, pero no puede ser actuada; la prueba es que, desaparecida la prohibición; el titular recobra automáticamente la prohibición de su ejercicio de un modo similar a lo que ocurre por virtud de la elasticidad del dominio, cuando se extingue el derecho real de goce que lo gravaba (30).

III) Esa facultad o poder, sin prejuzgar su naturaleza, es accesorio a una situación jurídica principal. De aquí se sigue que:

1. La facultad de disponer sigue las vicisitudes de la situación jurídica principal de que depende. Cuando el propietario transmite o abandona la propiedad el poder de disposición hace tránsito al adquirente o se extingue. Cuando se extingue el usufructo, si éste se constituye con facultad de disponer, ésta caduca.
2. La facultad de disponer carece en sí de una sustancia autónoma. Es decir, no es posible constituir un puro «derecho» de disponer un derecho, aunque hay autores que han admitido esta figura por diversas

contrapuestas; a favor de esta postura restrictiva: VENEZIAN, LACRUZ, TOULLIER o Mucius SCAEVOLA; en contra, defienden la tesis permisiva la generalidad de la doctrina, MANRESA, CASTÁN, SANTAMARÍA, ALBALADEJO, DORAL, etc. Sobre la discusión teórica, *vid. in extenso*, RAMS, *op. cit.*, cap. VII.

(29) *Vid.* AGUILERA, Tomás, en *op. cit.*, págs. 125 y sigs.

(30) En realidad cuando se constituye, por ejemplo, un derecho real de goce sobre la cosa ajena, v.gr., el usufructo, el propietario no queda absolutamente «vacío» o privado de sus facultades materiales de goce, toda vez que extinguido el derecho real las recobra automáticamente por efecto de la elasticidad de la propiedad.

vías. La posibilidad de una sustantivación del poder de disposición curiosamente se planteó desde dos posiciones metodológicas separadas (31):

— Desde una perspectiva puramente lógica, casi hegeliana, BEKKER, al estudiar la estructura del derecho y descubrir dos núcleos constitutivos, llegó a la conclusión que era posible un titular de goce y un puro titular de disposición sin atribución patrimonial (32).

— Desde una perspectiva puramente empírica se recurrió a la sustantivación del «derecho de disposición» para explicar ciertas peculiaridades: así, FOA, para explicar la naturaleza de la cesión de bienes en pago de créditos, entendió se constituía un derecho real de disposición a favor de los acreedores (33).

Por mi parte, considero que no puede admitirse pacíficamente la categoría de las titularidades de disposición sin atribución patrimonial; ni hay que recurrir a la posibilidad de un derecho sobre Derecho para comprender ciertas peculiaridades en que el poder de disposición no radica en el titular:

Por lo pronto, titularidad de disposición sin atribución patrimonial es un concepto equívoco; no es que el investido de titularidad no haya sido objeto de una atribución patrimonial (piénsese que esto ocurre muchas veces en los ejemplos que se nos suministran: así, el usufructuario de disposición es auténtico usufructuario, el distribuidor de Derecho balear está instituido, aunque sólo sea en usufructo, el comisario o el que se designó en la cláusula de confianza suele ser heredero, legatario o cónyuge usufructuario, etc.), sino que, como dice ROCA, el titular de disposición no es el verdadero titular de goce o verdadero destinatario del derecho, viniendo a desempeñar una actividad dispositiva sobre patrimonio ajeno sin que exista representación (34).

Pero es que, además, ni aún en las titularidades fiduciarias de disposición (35) en que el fiduciario carece de interés alguno patrimonial, como no sea el amical o de afección existe una titularidad de disposición que se justifica *per se*. Lo que ocurre es que esa facultad de disponer es accesoria a una situación jurídica principal. Y es cierto que lo típico es que sea accesoria a un derecho subjetivo (el propietario tiene facul-

(31) Por lo demás, supondría admitir la posibilidad de un derecho sobre derecho, lo cual no es admitido pacíficamente por la generalidad de la doctrina,

(32) Así citado por AGUILERA, Tomás, *op. cit.*; Ja categoría es pacífica, por ejemplo, en ROCA SASTRE y en CHICO ORTIZ, CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, etc. Vid. BEKKER: *System des heutigen Pandekten rechts*, I, 18.

(33) Vid. nota 18.

(34) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo II, pág. 230, Barcelona, 1948.

(35) Vid. mi artículo en RCDI sobre fiducia sucesoria, y LASO MARTÍNEZ, J. L.: *Derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo, 1982, tomo III, sobre titularidades fiduciarias de disposición en la Ley del Suelo.

tad de disponer de su propiedad; el acreedor pignoraticio tiene facultad de realización de la cosa empeñada cuando la deuda es incumplida, etc.), pero puede ser *accesoria* a otras situaciones jurídicas subjetivas (36), diversas del derecho subjetivo: así, a una potestad incluso administrativa (verbigracia, la potestad expropiatoria), la patria potestad, a un cargo, oficio o función de Derecho privado, etc..

IV) Por razón de la *accesoriedad* radica en principio la facultad de disponer de un derecho en su titular y cuando esto no ocurre se precisa causa *suficiente*.

En principio, *nemo dat quod non habet* y, como señala el Fuero Real: «ningún orne venda casa, ni tierra, ni otra cosa, sin mandado o voluntad de su señor, e si alguno lo ficiere, no vala». Es decir: cuando una facultad de disponer es accesoria a una situación jurídica subjetiva distinta de la titularidad de derecho de que eventualmente se dispone; esta legitimación para invadir la esfera jurídica patrimonial ajena precisa causa suficiente, *ex lege* o *ex voluntate*.

A) Esta aparente separación *voluntaria* del poder de disposición ocurre, por ejemplo:

1. En el caso de cesión en pago de crédito, que según la doctrina implica un mandato irrevocable para enajenar. Los acreedores, en calidad de *procuratores in rem suam*, pueden disponer de derecho ajeno en *interés propio* o *interés propio concurrente*. En el caso de la prenda, como derecho real de realización de valor, el acreedor pignoraticio puede disponer de la cosa dada en prenda para satisfacer la deuda (por ejemplo, el artículo 1.858 CC en relación con el 1.872). En el primer caso el poder de disposición es accesorio a un derecho de crédito y en el segundo a un derecho real sobre cosa ajena.

2. En el supuesto de apoderamiento o autorización representativa,

(36) LEGAZ LACAMBRA define situación jurídica subjetiva en: *Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., pág. 710: «Distintas circunstancias de la existencia jurídica personal en las que se confieren en potencia todas las posibilidades de la vida del sujeto de derecho con arreglo a las cuales realiza actualmente o puede realizar en cualquier momento las varias formas de conducta que constituyen el activo y pasivo de su haber jurídico». Es habitual distinguir entre situaciones de poder: libertades, potestades, derechos subjetivos, el derecho subjetivo nacional...; de deber o pasivas: sujeción, obligación, carga, deber público...; mixtas o complejas: poderes funcionales, *status*... Vid. CASTÁN TOBEÑAS: *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963. CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho*, trad. esp., 1941, Madrid, páginas 171 y sigs. La clasificación citada es de SANTAMARÍA PASTOR, A.: *Apuntes de Derecho administrativo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, página 580. Piénsese en la facultad de disposición de síndicos, albaceas, comisarios, representantes, etc..., del artículo 20 de la Ley Hipotecaria; de padres, tutores, curadores, defensores judiciales, del Estado y Administraciones públicas por la facultad expropiatoria, etc....

el apoderado está autorizado para gestionar intereses ajenos, en nombre propio o ajeno *por cuenta del representado* en las relaciones con terceros. En estos casos el apoderamiento es accesorio a una relación jurídica subyacente de la que trae causa; no necesariamente un mandato.

3. En el supuesto de las titularidades fiduciarias de disposición en virtud de fiducia sucesoria es posible se atribuya al confidenciario poder de disposición sobre bienes relictos del caudal del causante al objeto que los invierta o *aplique en interés de tercero*.

En la cláusula de confianza catalana, en el comisario vizcaíno, en el fiduciario-comisario aragonés y navarro, el cónyuge usufructuario de la Ley de Explotaciones Agrarias, etc., nos encontramos ante un sujeto investido de poder de disposición sobre bienes ajenos para su ejercicio en interés de los beneficiarios de la fiducia. A diferencia de la titularidad fiduciaria, carece de propiedad sobre dichos bienes y es portador *ex fiducie causa* de un interés no patrimonial (37).

B) La razón o causa jurídica de la facultad de disposición radicante en un no-titular puede en algunos casos encontrarse en la Ley:

1. En interés del autorizado para disponer: así, algunos casos de sustitución *ex lege* (38) en que por virtud de legitimación indirecta se autoriza a alguien (sustituto) para desarrollar en nombre propio y en el predominante o *concurrente interés propio* una actividad destinada a desplegar eficacia dentro de la esfera patrimonial ajena: caso típico el de la acción subrogatoria del artículo 1.1.1.1 del Código Civil.

2. No faltan atribuciones *ex lege* de poder de disposición a un no-titular, *en aras de la protección de tercero* que confía en la apariencia jurídica: caso de la legitimación extraordinaria y teoría de las «adquisiciones a *non dominio*».

3. E incluso la gestión de negocios ajenos *en interés y por cuenta del dominus ex quasi contractu* (art. 1.893) (39).

En todos los casos estudiados el poder de disposición excepcionalmente se halla un no-titular; es más que discutible sea posible conceptualmente hablar de una separación absoluta; es decir, si es que se ha separado del derecho subjetivo la facultad de disposición, de tal suerte

(37) Obsérvese la existencia de un poder de disposición: 1. En interés propio o propio concurrente. 2. En interés o por cuenta del titular. 3. En beneficio de tercero.

(38) Obsérvese incluso la posibilidad de facultad atribuida *ex lege* —Ley del Suelo, artículo 129, 2— a las Tuntas de Compensación de ser «fiduciarias con pleno poder dispositivo», en interés de los propietarios miembros de aquéllas. Vid. LASO, *op. cit.*

(39) La categoría de sustitución está originada en la doctrina procesal y de allí al Derecho privado. Suerte pareja a la legitimación.

que el titular conserve todo el contenido del mismo, salvo el poder dispositivo. Es preferible entender un uso compartido (cotitularidad) y su multiplicación o difusión. Tomemos, por ejemplo, la donación con reserva de la facultad de disponer: existen dos «derechos» filiales de disposición en régimen de subordinación de uno a otro: el derecho de disposición principal o madre que se reserva hasta su fallecimiento el donante y un poder de disposición subordinado del donatario a que no lo ejercite en tiempo el titular (40).

En el uso con facultad de disponer ocurrirá cosa semejante, pues nos encontraremos una situación compartida de poder de disposición, en que existe subordinación o recíproca dependencia (ejemplo ..., «ninguno podrá disponer válidamente del derecho sin la autorización del otro»).

3. DERECHO DE USO CON FACULTAD DE DISPONER DE LA COSA

A) Conviene empezar señalando que por derecho de uso con facultad de disponer de la cosa no entendemos:

— El uso de disposición; así, en KOHLER (41): es decir, aquellos casos en que el usuario, por naturaleza del derecho, está autorizado a disponer de la cosa sobre la cual el uso está constituido. Ejemplo típico es el uso de una universalidad (una empresa, por ejemplo).

— El uso de cosas consumibles; quasi-uso (42): en donde, como en el caso anterior, por razón de la cosa sobre la que se impone la obligación de «salvar la sustancia» (*salva rerum substantia*) es forzoso reconocer al titular del derecho de goce un poder de disposición (43): tendrá el derecho de restitución o pagar su precio correspondiente al fin del uso; está obligado a una «conservación dinámica» implicativa de subrogación real (art. 482 CC).

— Tampoco se trata del uso en el cual se dispensa al usuario de conservar la identidad de la cosa, siempre y cuando la sustituya por la

(40) A estas conclusiones llega el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca. Vid. *Boletín del Colegio*, núm. 44, año 1970, y los trabajos y notas de colaboración del *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, tomo I, página 133, recopilados por RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix.

(41) Vid. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*

(42) Así, en la doctrina intermedia y en BARBERO: «II quasi usufrutto e il quasi uso», *Riv. Dir. Civ.*, 1939, págs. 208 y sigs. En la doctrina española, JORDANQ BAREA: «El quasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena», *ADC*, 1948, páginas 995 y 996.

(43) Hay casos que estudia GONZÁLEZ PALOMINO (*vid. art. 615 del Código Civil*, v.gr.) en que la obligación de conservar implica la de disponer, lo que se traduce en lo que la doctrina califica «principio de conservación dinámica», *AAMN*, V, págs. 926 y sigs., 1950.

que ocupa su lugar en virtud de subrogación real al enajenar o disponer de ella: el usuario tiene un simple poder de transformación del objeto (44).

— Tampoco cuando excepcionalmente se autoriza al usuario a disponer del derecho real de uso, de ser esto posible.

En nuestro derecho real de uso; el usuario está obligado a vender, hipotecar, disponer a título oneroso, etc., en determinadas circunstancias, de la propia cosa usada; de suerte que el tercero adquirirá su propiedad, un derecho real sobre ella...

B) ¿Qué es el uso con facultad de vender o disponer?: su naturaleza.

--* No es el usuario *pleno propietario* por más que se haya transmitido (o, por mejor decir) atribuido una facultad compartida de disposición. En el imaginario ejemplo propuesto: *no* existe una donación condicional, ni suspensiva ni resolutoria, pues el donatario adquiere la propiedad actual, aunque gravada por un derecho singular de uso al que acompaña facultad de disponer reservada.

En el caso de la donación del uso con facultad de vender; no se transmiten la propiedad sino su uso.

-* La tesis del usuario, como en el caso del usufructuario con facultad de disposición, *como propietario*, está abandonada por la doctrina y respondió al prejuicio tradicional desde SAVIGNY a admitir que otro no propietario pueda disponer en nombre propio del derecho de propiedad (...): algo ciertamente posible, como hemos venido demostrando.

~> No se trata de un *usufructuario con facultad de disposición*, cuando resulta evidente del título que lo que el usuario reserva o se transmite es un puro y simple uso con identidad diversa del usufructo, como ya hemos tratado.

~> No se trata de un *fiduciario de residuo* por razones semejantes a las que se aducen respecto al usufructo con facultad de vender: no es propietario; existen dos llamamientos inmediatos a distintos derechos sobre una cosa y no sucesivos como en aquél; aunque el propietario premuera al usuario, transmite siempre su derecho a sus herederos; en definitiva, estamos ante un derecho real sobre cosa ajena y no ante una transmisión de propiedad sujeta al encargo de restitución (45).

-* No se trata de una *prohibición de enajenar*; que el usuario tenga poder de disponer de la cosa no implica que el propietario esté privado,

(44) Vid. RDGRN, 1 de octubre de 1926.

(45) Es de obligada cita la doctrina legal: STS de 29 de enero de 1916, 26 de febrero de 1919, 22 de diciembre de 1920 y 20 de octubre de 1954, RDGR, 14 de noviembre de 1933 y 22 de febrero de 1943. Ello no obsta a que

ni siquiera temporalmente —mientras no exista una prohibición voluntaria o legal de disponer—, de su derecho. Podrá transmitir a otro la cosa que la adquirirá en las mismas condiciones (es decir, gravada por el uso), subrogándose en su lugar.

C) El problema se reduce a admitir si es un derecho real *sui generis*; es un auténtico derecho real de uso; o si no es posible su constitución. Vamos a defender que no altera la verdadera naturaleza del derecho real de uso (estamos pensando en el caso típico de facultad de disposición para el caso de necesidad); sino que es un derecho especial o singular por su contenido y estructura y no por su tipicidad al amparo de la autonomía de la voluntad.

Argumentos:

— Deberá estarse al título para determinar la extensión y el contenido de las facultades del usuario y habitacionista (art 523 CC). Aunque es cierto que ello no autoriza a configurar un derecho de uso, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad vulnere las reglas esenciales de su naturaleza jurídica; si se concede al usuario una facultad extraordinaria de disposición, no por ello tal cosa acontece. Veámoslo:

- Argumento *a contrario*: no parece argumento suficiente, en contra el tan recordado artículo 523 del Código Civil, por más que su expresión sea categórica; y ello por varias razones: 1) por ser dudoso que estemos ante un precepto imperativo y 2) porque la intención de la prohibición no es otra que impedir que otro usuario u otro habitacionista ocupe —cualquiera sea su título— la personalísima posición jurídica en que tuvo a bien colocarle el constituyente. No puede, por tanto, ni arrendar, ni ceder, dar en precario o hipotecar el derecho de uso; cosa bien distinta es que se le autorice a realizar actos de disposición sobre la misma cosa gravada. En principio tal autorización excluye, en mi opinión, la facultad de transmitir el derecho de uso (por el carácter personalísimo y porque dada la interpretación estricta que exige la eventual facultad extraordinaria de, por ejemplo, vender la cosa, no nos es lícito entender que esto autoriza a transmitir el derecho real de uso), y desde luego queda fuera de toda duda que no es posible transmitir a otro la pura facultad de disposición (46).

ía Compilación catalana, en su artículo 223, 2.º, se remita a las normas del fideicomiso de residuo (arts. 211 y 212) para regular el ejercicio de las facultades dispositivas del usufructuario.

(46) La doctrina está conforme en que esa facultad extraordinaria de disposición es personalísima y no puede ser objeto de transmisión. Vid. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*

- * Argumentos positivos: I. El margen permitido a la autonomía de la voluntad **para** configurar el contenido de los derechos reales típicos; el uso en concreto (*vid.* arts. 470, 523, 594, 392, etc...).— II. La analogía, si no la remisión directa a la normativa relativa al usufructo (art. 528 en relación con el 467, *in fine*), en tanto puede dispensarse en el título al titular del derecho real de la obligación de conservar la sustancia. Evidentemente existe en uno u otro caso identidad de razón, *ex* artículo 4, 1, en relación con el artículo 528.—III. Porque no contraviene la naturaleza del derecho real de uso, toda vez que respeta el cumplimiento de las ñolas que le caracterizan (*vid. infra*) y su función económica social, Es cierto que la facultad extraordinaria de disposición amplía extensivamente el contenido de los derechos del usuario, pero todo esto sin dejar de serlo. Las consecuencias de esta dependencia y enlace entre el derecho real y la facultad de disposición son evidentes: la facultad de disponer sigue la suerte del derecho real, de modo que cuando éste caduca o prescribe la facultad de disponer termina, además, salvo otra cosa resulte del título la facultad de disponer se entiende tan sólo para cuando las necesidades del usuario y familia, aunque ésta aumente, lo exijan. Cuando se actúe la facultad de disponer el producto de la enajenación se destinará en la cuantía suficiente a paliar esas necesidades. Todo esto ha querido explicarse hablando de «yuxtaposición o acoplamiento» al derecho real de una facultad de disponer, frase, por otra parte, recogida por alguna jurisprudencia.
- En definitiva, un argumento «de cierre»: aún en el supuesto de que *no* se admitieran las anteriores razones, cabría la posibilidad de defender la existencia de un derecho real atípico (47), al amparo del *numerus apertus*. El que esa facultad extraordinaria contravenga la esencia del tipo (como, por ejemplo, ocurriría cuando no aparece clara la dependencia entre derecho real y facultad de

(47) Presupongo el carácter de derecho real del uso —*vid.* art. 2 de la Ley Hipotecaria— sobre la diferenciación con ciertos derechos personales. DORAL: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo VII, vol. 1.º, pág. 463.

Sobre la posibilidad de un usufructo atípico limitado, de contenido menos amplio que el usufructo típico y alcance jurídico muy similar al del uso y habitación, *vid.* SERRANO SÚÑER, Ramón: *Dictámenes y recursos de casación civil*, T, ERDP, Madrid, 1985, págs. 470 y sigs.

Sobre la autonomía de la voluntad para configurar derechos reales, DIEZ PI-CA/Ú: «Autonomía privada y derechos reales», *RCDf*, marzo-abril 1976, pág. 304.

Sobre la configuración usufructo con facultad de disposición como derecho real atípico, *vid.* BELTRÁN DE HEREDIA: «Usufructo sobre usufructo en la legislación española», *RDP*, 1941, pág. 298.

disponer) no implicaría que el derecho subjetivo no mereciera protección jurídica, sin perjuicio de reconocer la verdad de la afirmación de CHICO de que no es lo mismo tratar de dilucidar si es posible crear un derecho real que saber si existen límites (48).

RÉGIMEN JURÍDICO DEL USO CON FACULTAD
DE DISPONER DE LA COSA:

Del régimen jurídico poco he de decir, habida consideración de toda la dogmática del usufructo con facultad de disposición, que resultará aplicable en cuanto no contravenga la singular naturaleza de nuestro derecho de uso. Me centraré en las peculiaridades que resultan de injertar en la estructura del uso el poder de disposición sobre la cosa usada: en cuanto a su CONSTITUCIÓN resultará aplicable el artículo 468 por remisión, sin perjuicio de observar:

Primero.—Que es muy discutible la posibilidad de adquirir derecho de uso con facultad de disposición por usucapión. En mi opinión no hay inconvenientes, aunque el supuesto sea excepcional (49).

Segundo.—Es un lugar común que una diferencia entre el uso y la habitación y el usufructo radica en la inexistencia entre éstos de usos y habitaciones legales. Creo que esto no es rigurosamente cierto, pues es forzoso admitir que existen supuestos similares a ciertas servidumbres que se dicen legales de constitución mediata, es decir, aquellas en que la ley se limita a conceder a ciertas personas el derecho a exigir su constitución, para lo cual deben interesar la actividad jurídica de ciertos órganos públicos, jurisdiccionales o administrativos. Citaré algunos ejemplos: los artículos 495, 1.407 y 96 del Código Civil. En estos casos, por un acto de autoridad judicial, el particular puede instar la constitución de un uso; resta saber —si se trata de un auténtico derecho de uso (50)— si en estos casos puede la autoridad judicial constituir un uso concreto con facultad de vender en caso de necesidad, lo que en mi opinión es más que dudoso.

Es innecesario decir que puede constituirse el uso tanto a título

(48) Vid. *Complementos al Derecho Hipotecario y su legislación*, Madrid, 1974, pág. 119.

(49) Está pensando en el caso en que así resulte del justo título, base de la prescripción. Vid. NAVARRO AMENDI: *Cuestionario del Código Civil reformado*, tomo II, Madrid, 1889, págs. 203 y sigs.

(50) En este sentido, vid. GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1986. Comentario al artículo 96 del Reglamento Hipotecario. VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: *Actos conmemorativos del cincuentenario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1986, pág. 132.

oneroso como lucrativo, *inter vivos* o *inortis causa*, por *traslado* o por *deductio* y puros, a término y bajo condición. En todo caso es necesario que la facultad de disponer de la cosa resulte claramente del título, siendo además ésta de interpretación restringida (51).

En orden a su CONTENIDO, señalar las peculiaridades en el ejercicio del poder de disposición: desde luego *el usuario* tendrá los derechos y obligaciones tal y como resultan del título (arts. 523 y 471), como tal usuario tiene el derecho de percibir las ventajas que del simple uso se sigan de la cosa, disfrutarla no *ad commodum sed ad usum*, con la peculiaridad de que la integridad de la cosa no supone un límite a ese disfrute cuando por razón de las necesidades familiares se autorice a consumirla.

Y tendrá las obligaciones propias de todo usuario, salvo en lo que hace a la de conservar la sustancia; no considerándose fundada la opinión que entiende que la atribución de facultad extraordinaria de disponer implica dispensa de las obligaciones de fianza e inventario.

El usuario podrá disponer de la cosa en las circunstancias previstas en el título, si nada se dice, desde luego sólo para el caso de necesidad; debiéndose observar las cautelas convencionales y legales que limitan la facultad: se puede autorizar sólo para disponer por cierto título —*inter vivos* o *inortis causa*, para vender, arrendar, hipotecar...— (52), sólo de cierta parte del objeto, sólo en atención a determinadas causas... En todo esto resultan aplicables las conclusiones a que ha llegado la doctrina del usufructo con facultad de disponer (53). En particular la posibilidad de accionar por abuso de Derecho —*ex* artículo 7 CC— para impugnar los actos dispositivos del usuario en exceso de sus facultades, con la importante *especialidad derivada del artículo 529* (54).

En cuanto al *propietario*, mientras el usuario no ejercite la facultad de disponer de la cosa sigue siendo propietario y, por lo tanto, podrá disponer por cualquier título de la cosa de su propiedad y tercer adquirente se subrogará en su posición, debiendo soportar el uso mientras éste subsista de estar inscrito — *ex* artículo 32 LH—; ni es titular de

(51) Las razones son varias, pero fundamentalmente dos: por el carácter extraordinario de la facultad concedida (*vid.* art. 4, 3, del Código Civil); por el principio del efecto mínimo y del menor gravamen. *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, página 235.

(52) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, II, Sucesiones, ERDP, Madrid. 1984, pág. 72. *Vid.* diversos supuestos que se contemplan.

(53) En particular, *vid.* SÁNCHEZ CALERO y CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *op. cit.*

(54) Es decir, de prosperar la acción de impugnación no sólo resultaría la nulidad del acto dispositivo —sin perjuicio protección dispensada al tercer adquirente de buena fe cuando proceda—, sino que la declaración de abuso cuando grave implicaría la extinción/resolución del uso concedido. Por ejemplo, transmisión n título gratuito cuando se da sólo para caso de extrema necesidad.

una mera expectativa, ni de un derecho condicional, ni soporta prohibición de disponer. Tampoco es titular de un derecho de crédito al remanente por rescate de lo que resta del consumo después del válido ejercicio de la facultad de disponer. Lo que éste provoca es la subrogación real automática de lo adquirido en sustitución —uso subsistente— de lo enajenado. La facultad de disponer autoriza a consumir en cuanto basta a las necesidades de usuario y familia, lo que supone una extinción parcial del objeto sobre el que el uso recae y la subsistencia sobre la parte restante (*ex* artículo 513, 5, en relación con el 514, por remisión del 528). En el ejemplo propuesto de donación del uso de una huerta con facultad de venderla para caso de necesidad: supongamos que esta necesidad ocurre: el usuario podrá enajenar a un tercero la huerta hasta entonces usada, consumirá la cantidad del precio bastante para salvar esas necesidades familiares y seguirá siendo usuario en cuanto al resto hasta que el uso se extinga. En cuanto al destino del capital que realice restante considero perfectamente aplicable por analogía lo dispuesto en el Código para el usufructo sobre créditos vencidos (art. 507); en nuestro caso, al estar dispensado de fianza, deberá requerir autorización del propietario para la inversión del capital, en su defecto del Juez, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital objeto de uso. Si el uso se constituyó sobre inmueble inscrito, y se inscribió en el Registro, el tercer adquirente de usuario recibirá la propiedad libre sobre la huerta, sin necesidad, salvo que otra cosa disponga el título, de prueba alguna de necesidad que le legitime (55).

CONCLUSIONES

I. Creo haber demostrado suficientemente la posibilidad de conceder al usuario, en el título constitutivo del uso, la facultad extraordinaria de disponer de la cosa misma. Esta autorización, en principio, se limita al caso que constituye el presupuesto del artículo 523 del Código Civil —es decir, en caso de necesidad familiar— e implica, cuando las circunstancias lo exijan, el derecho de consumir el producto de la enaje-

(55) Si la facultad de disponer se concediere para finalidades genéricas, como vender en caso de necesidad, se entiende a la conciencia y recto obrar del usuario (Resoluciones de 8 de marzo de 1865, 29 de octubre de 1868, 15 de noviembre de 1876, 29 de mayo de 1914 y 8 de marzo de 1926), sin perjuicio de la acción de impugnación.

Si se atribuye sólo para casos concretos y específicos habrá de justificarse ante el Registrador, por ejemplo, en determinado encuentro o con determinadas condiciones, etc.

Por supuesto, puede subordinarse el ejercicio a la autorización del propietario o de terceros. *Vid.* art. 211, 1, de la Compilación catalana, y fundamentalmente, Ley 152 de la navarra.

nación en cantidad bastante, y, de esta suerte, disminuir el objeto del uso al remanente subrogado. También parece probado que cuando resulta claramente dependiente la facultad extraordinaria concedida, del derecho de uso en el que se injerta, la concesión no supone necesariamente mudar la naturaleza del uso o el tránsito a figura atípica, siendo aplicables las normas que disciplinan el uso y la doctrina consagrada relativa al ejercicio de la facultad de disponer extraordinaria en el usufructo.

Por supuesto, el derecho tendría acceso al Registro de la Propiedad, al amparo de los artículos 2 y 7 de la Ley y Reglamento Hipotecarios, respectivamente, debiéndose hacer constar en el cuerpo de la inscripción la extensión y contenido de la facultad de disponer —ex artículos 9, 2, de la Ley Hipotecaria y 51, regla 6.^a, RH—. No cabe entender que el usuario esté dispensado en cuanto a la facultad de disponer de la previa inscripción que ordena el artículo 20 y excepciona en su párrafo 4." la Ley Hipotecaria, por cuanto la facultad es accesorio a la titularidad jurídico-real inscribible y delimita el contenido del Derecho subjetivo del usuario, además de no existir relación alguna representativa, aunque «se disponga de intereses ajenos». Desde luego la calificación del Registrador —ex artículo 18 LH— no alcanza a la apreciación de la situación de necesidad justificante del acto dispositivo eficaz, quedando, eso sí, a salvo la competencia de los Tribunales por causa de la acción de impugnación y la posibilidad del control de requisitos y presupuestos que convencionalmente se hayan podido establecer, tales como la autorización del propietario o de un tercero, la limitación a ciertos actos, títulos, importe, etc..

II. Hemos estudiado un ejemplo de multiplicación voluntaria y de difusión reglamentada del poder de disposición: originariamente exclusivo del propietario, éste se autolimita, compartiéndolo con el usuario de la cosa de su propiedad. En puridad no existe función representativa entre propietario y usuario: cuando éste vende la cosa formará libremente su voluntad actuando no sólo en nombre propio, sino también en su provecho, aunque disponga de algo ajeno. No faltaba razón a [HERING (56) al distinguir entre poder de representación y autorización como dos categorías diversas que justifican actos legítimos de disposición sobre patrimonio ajeno. Tampoco estaba alejado de la verdad SANTORO PASARELLI (57) al incluir la representación dentro de la categoría de «sustitución en la actividad jurídica». En mi opinión, la doctrina

(56) El fundamento de la autorización (*Ermächtigung*), como causa de legitimación indirecta para realizar actos dispositivos sobre intereses ajenos, es el principio general del Derecho: *volenti non fit iniuria*. Vid. HUPKA, *op. cit.*, en ROCA SASTRE, nota 52. pág. 411, vol. T, sobre revocación *ad* poder y mandato.

se ve reducida a una de estas alternativas: o se admite una sola categoría de gestión/disposición autorizada de bienes o derechos ajenos, en cuyo caso se ve obligada a explicar dentro de un *nomen inris* realidades bien distintas (piénsese en una supuesta representación en interés del propio representado o de un tercero) (...) o se distingue en varias categorías de legitimación indirecta para disponer de intereses ajenos, una de las cuales sería la representación, en cuyo caso es consecuencia forzosa distinguir entre instituciones próximas. Estoy con DÍEZ PICAZO (58) en que cuando resulta claro que la concesión de un poder de disposición *ex lege* o *ex voluntate* persigue la realización exclusiva o prevalente de intereses propios del autorizado o de un tercero beneficiario mediante la gestión de derechos ajenos, la doctrina de la representación no es aplicable y habrá que recurrir a otras instituciones —la fiducia, singularmente—. Por mi parte considero poco afortunada la institución del poder o mandato irrevocables.

III. Aprovecho, por fin, para plantear dos críticas finales:

a) En el orden fiscal: la constitución de un usufructo o de un uso con facultad de disponer se liquidará conforme a su naturaleza, como dice la Ley del Impuesto sobre Transmisiones y el de Sucesiones: como constitución/transmisión de derecho real sobre inmueble, con la base determinada por el artículo 10, 2, a) y b), del texto refundido, no parece razonable la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 34, 3, del anterior texto refundido de sucesiones (para una disposición de residuo): girar la liquidación por el pleno dominio; toda vez que se adquiere un derecho de uso o de usufructo, sin perjuicio de que cuando se ejercite la facultad de disponer de la cosa usada el tercer adquirente, como sujeto pasivo, satisfaga el impuesto correspondiente por la transmisión del dominio (*vid.*, en contra, Resolución de 30 de abril de 1969).

b) Es muy discutible que no deba tener acceso al Registro la comunidad solidaria a que se refiere la Resolución de 26 de diciembre de 1946, que ordenaría el poder de disposición en situaciones de cotitularidad de derecho real (59).

Luis FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador de la Propiedad

(57) Citado por DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, pág. 614. *Vid.*, además, su libro: *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1974.

(58) *Op. et loc. cit.* en nota anterior.

(59) Una referencia a esta importante resolución, única que no crea doctrina *ex art.* 1. del Código Civil por analogía. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 245.