

Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las Comunidades

La Comunidad de usufructuarios y el usufructo de conyuges

SUMARIO: *El derecho de acrecer en las comunidades:* Comunidad en formación; la vocación a la comunidad por actos *mortis causa*; vocación por acto *inter vivos* de carácter gratuito; vocación por acto *inter vivos* oneroso. Comunidad constituida. Su momento de arranque; comunidad romana o por cuotas indivisas; las disposiciones o pactos de acrecimiento; comunidad germánica o en mano común.—*La comunidad en el derecho de usufructo. El derecho de acrecer entre usufructuarios. Examen del artículo 521 del Código Civil.*—Comunidad de usufructuarios en formación; vocación por actos *mortis causa* a tal comunidad: los artículos 987 y 521 del Código Civil; vocación por acto *inter vivos* y gratuito a la comunidad en el usufructo; vocación por negocio oneroso. Comunidad de usufructuarios en funciones o ya constituida; comunidad por cuotas indivisas; usufructo de carácter conjunto; usufructo simultáneo, su adquisición, transmisión y extinción.—*Comunidad de usufructo entre cónyuges.*—Usufructo por cuotas indivisas. Usufructo ganancial: reservas tácitas de usufructo y efectos del usufructo ganancial. Usufructo simultáneo y conjunto entre cónyuges: vías para su adquisición; su reserva en la enajenación de la nuda propiedad de unos bienes gananciales o privativos.

EL DERECHO DE ACRECER EN LAS COMUNIDADES

El fenómeno del acrecimiento tiene en nuestro derecho un presupuesto imprescindible para su actuación: el hecho comunitario; y este hecho puede ser contemplado en dos situaciones:

- en trámite de formación, cuando la comunidad está en vías de constitución;
- y desarrollado, cuando la comunidad está plenamente constituida.

A) COMUNIDAD EN FORMACIÓN

La vocación a la comunidad puede provenir de un acto *mortis causa* (herencia o legado) o de uno *inter vivos*, bien lucrativo, bien oneroso. La referida vocación puede además producirse con carácter conjunto o con designación de parte específica, como así se infiere de los artículos 469, 637, 982 y 1.398, todos del Código Civil, relativos a los usufructos simultáneos y sucesivos, donaciones conjuntas y a la conjunción de llamamientos en la herencia.

a) *La vocación a la comunidad por acto «mortis causa»*

Entre los herederos y legatarios llamados a una herencia no puede, en pura técnica, decirse que exista una comunidad en formación. La situación, en cierto modo provisional, en la que aquéllos se encuentran no aboca necesariamente en una situación comunitaria futura. Antes al contrario, lo normal será, salvo que el testador ordene la proindivisión o el disfrute conjunto de alguno o algunos de los bienes que integran su herencia, que los interesados en la partición eviten el hecho comunitario procediendo a realizar adjudicaciones individualizadas, que desvinculen por completo a unos de otros.

Pero es lo cierto que hasta que tales adjudicaciones se efectúan, entre los llamados a la herencia existe una peculiar relación de comunidad, la denominada comunidad hereditaria, cuya especial naturaleza la revela el hecho de recaer no sobre bienes concretos y determinados, como las comunidades ordinarias, sino sobre un patrimonio o conjunto abstracto de bienes, que puede estar integrado tanto por derechos como por obligaciones.

Pues bien, en esta especial situación de comunidad hereditaria, el acrecimiento tiene marcadas unas reglas de actuación que desarrollan los artículos 981 y siguientes del Código Civil, y cuyo resumen es el siguiente:

1.º Cuando la vocación es conjunta, cuando no hay «especial designación de partes» (lo que siempre ocurre en las sucesiones *abintestato*, de ahí la regla del art. 981), se dará el derecho de acrecer cuando falte alguno o algunos de los llamados. Tal efecto concluirá con la aceptación, y no porque la comunidad desaparezca por este hecho, sino porque respecto de la porción aceptada ya no puede producirse vacante alguna, que conforme al número 2.º del artículo 982 del Código Civil ocurre en los casos de premoriencia al testador, renuncia a la herencia o incapacidad para recibirla.

2.º No habiendo conjunción de llamamientos, no procederá el derecho de acrecer. En tales casos, resultará obvio que la voluntad del causante de la herencia ha sido, al hacer designaciones específicas, la de que cada heredero o legatario reciba con exclusividad la parte asignada y no más, y que, producida la vacante, la porción que quede en tal situación habrá de seguir la trayectoria marcada, bien por el mismo testador (mediante el establecimiento de una sustitución vulgar) o bien por la ley en defecto de aquella previsión (mediante la apertura de la sucesión intestada o el ejercicio del derecho de representación).

b) *La vocación a la comunidad por acto «inter vivos» de carácter gratuito*

Un hecho de especial relevancia ocurre en este tipo de vocaciones, a diferencia de lo que acontece en las *mortis causa*: el disponente existe y vive en el momento de producirse la porción vacante. Por esta razón, la lógica aconseja, con exclusión del fenómeno del acrecimiento, volver a sujetar a la voluntad de aquel disponente el nuevo destino que haya de seguir la porción vacante. El dato, pues, de que la persona que defirió la vocación existe y puede manifestar de nuevo su voluntad se convierte en trascendental para negar el derecho de acrecer en estos supuestos.

Pudiera extrañar el que se hable de una comunidad en trámite de constitución a la que se está llamando por acto gratuito e *inter vivos* del disponente, singularmente por donación; pero ocurre que tal situación se deduce de nuestro propio Código Civil. En efecto, dicho cuerpo legal acepta como posibles las ofertas de donación al admitir en su artículo 633 el que la aceptación de las donaciones pueda el donatario hacerla (en escritura separada) en cualquier tiempo, antes del fallecimiento del donante, siempre, claro está, que éste no haya retirado previamente su oferta.

Precisamente para este tipo de comunidad en formación está dictado el artículo 637 del Código Civil, conforme al cual:

«Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.»

Que en las donaciones hechas «conjuntamente» a marido y mujer el donante haya deseado siempre que el acrecimiento se produzca es una presunción que el Código realiza, basado, a mi juicio, en una justificada in-

tuición (el donante realiza su liberalidad en contemplación del matrimonio, cuando no de toda la familia).

Que el transcrito artículo 637 se refiere, como decía y sostiene Beltrán de Heredia (1), a la comunidad en vías de formación y no a la ya constituida, es decir, una vez aceptada la donación, es una conclusión que tiene a su favor las siguientes razones:

- Entender otra cosa iría contra el propio carácter del derecho de acrecer, cuya actuación, según ya conocemos, se ciñe a los casos de premoriencia, renuncia o incapacidad previos a la adquisición definitiva.
- El citado artículo 637, con una técnica aún no valorada suficientemente, omite toda alusión a los donatarios y sólo habla de «personas».
- El referido precepto señala que la donación «se entenderá por partes iguales», y esta presunción sería absurdo formularla una vez producida la adquisición, dado que en tal momento la donación no puede «entenderse hecha»; es que ya estará hecha por partes iguales, que serán cuotas indivisas o romanas, y ello porque la comunidad germánica es, si no insólita, sí excepcional en nuestro Ordenamiento jurídico, teniendo su base en circunstancias subjetivas y objetivas especialísimas, que en la generalidad del precepto que se examina no pueden entenderse previstas.
- La última razón que abona lo dicho se encuentra en la dicción del artículo 1.398 del Código Civil, a cuyo tenor: «Los bienes donados o dejados en testamento a los esposos, conjuntamente y con designación de partes determinadas, pertenecerán como dote a la mujer y al marido como capital, en la proporción determinada por el donante o testador; y a falta de designación, por mitad, salvo lo dispuesto por el artículo 637.»

Este «salvo lo dispuesto...» con el que concluye este artículo, que es perfectamente inteligible situándonos en el momento anterior a la aceptación de la donación, se convertiría, después de aceptada, en una salvedad absurda, porque el futuro derecho de acrecer, de admitirlo, jamás podría destruir el hecho de que los bienes, antes de producirse la vacante, han pertenecido a ambos cónyuges en el respectivo concepto que la norma señala.

El precepto lo que viene a significar es, pues, que lo donado conjuntamente sin designación de partes pertenecerá por mitad al marido y mujer como capital y dote, respectivamente, salvo que quede una porción

(1) *El derecho de acrecer*, Madrid, 1956, págs. 171 y ss.

vacante antes de la aceptación, caso en el que todo lo donado, en virtud del derecho de acrecer establecido en el artículo 637, será dote de la mujer (parafernalia, a juicio de LACRUZ) o capital del marido, según cuál sea la vacante producida.

De otro lado, la tesis que defiende es la que mejor se ajusta a los derechos de los herederos legitimarios del cónyuge que falte, a los de los acreedores del mismo (los cuales en virtud de una anormal aplicación del acrecimiento se verían privados de unos bienes entrados definitivamente en el patrimonio de su causante o deudor) y a la propia terminología empleada por ese artículo 1.398, que al utilizar el tiempo de futuro «pertenece» indica que la donación no ha sido aún aceptada, pues en otro caso lo correcto hubiese sido emplear el término de presente «pertenecen».

En conclusión y resumiendo todo lo que se lleva señalado, en las donaciones a varias personas que aún no hayan sido aceptadas (comunidad en formación), la actuación del derecho de acrecer (a favor de los que acepten) exige distinguir dos diferentes supuestos:

1.º Que la donación haya sido hecha con designación de partes específicas (comunidad romana en formación). No habrá entonces derecho de acrecer, aunque la donación se realice a favor de unos cónyuges (artículos 637 e inciso primero del 1.398, ambos del Código Civil).

2.º Que la donación se haga conjuntamente sin designación de parte específica. En tal caso, la regla sigue siendo la no existencia del derecho de acrecer (art. 637 del Código Civil) salvo:

- Que el donante disponga otra cosa (art. 637), pues entonces, como apunta BELTRÁN DE HEREDIA (2), el donatario que acepte acrecerá las porciones de los que hayan repudiado o repudien en lo sucesivo.
- Que la donación se haga a favor de unos cónyuges, caso en el que, salvo disposición en contrario del donante, procede el derecho de acrecer (arts. 637, párrafo 2.º, y 1.398).

c) *La vocación a la comunidad por acto «inter vivos» de carácter oneroso*

El derecho de acrecer es extraño e incompatible con los actos onerosos.

En primer lugar, en este tipo de actos no puede hablarse de situación vocacional. Los contratos, en efecto, se perfeccionan a través del concurso de voluntades (art. 1.258 del Código Civil); antes de esta con-

(2) *Ob. cit.*, pág. 172.

currencia no existe contrato como modo de adquirir un derecho real (artículo 609 del Código Civil), que es lo que aquí interesa; habrá, sí, otras figuras jurídicas (precontrato, promesa de contrato...) que crean, con efectos puramente obligacionales, una situación de compromiso que no puede sostenerse sea de vocación para los futuros adquirentes, pues cuando éstos realizan su adquisición lo hacen con base no al precontrato o promesa, sino al contrato que como consecuencia de aquel o aquella se celebre y que surgirá con carácter plenamente autónomo.

En segundo lugar, la idea de la contraprestación, que es fundamental en los actos onerosos, ocasionaría serios problemas de mantenerse la posibilidad de acrecimiento (entre ellos, el reajuste de las nuevas contraprestaciones, que por falta de uno de los llamados habrían de satisfacer los demás, lo que por implicar una novación precisaría del consentimiento del acreedor, tal y como exige el artículo 1.205 del Código Civil, no pudiendo ya sostenerse que exista un derecho de acrecer para el que aquel consentimiento es perfectamente extraño).

B) COMUNIDAD CONSTITUIDA

La situación de comunidad constituida se producirá una vez que la adquisición del derecho sobre el que aquélla haya de recaer sea concreta y definitiva. La comunidad ya constituida surgirá, pues, con la aceptación de la donación por los donatarios; con el concurso de voluntades, es decir, la propia celebración del contrato en los onerosos, y con la partición de herencia en los actos *mortis causa*.

Efectivamente, como antes señalaba, entre los interesados en una herencia no existe, aunque hayan aceptado, una propia comunidad de bienes, la cual sólo puede surgir de las adjudicaciones que en la partición se realicen. Antes de tal momento, la situación es sólo de especial comunidad hereditaria, en la que los derechos de los cotitulares no son concretos y definitivos.

Hasta la partición, los herederos y legatarios, pese a que hayan aceptado con anterioridad, no asumen un derecho concreto (no se cuestiona que el derecho hereditario es fundamentalmente abstracto) y definitivo. Aunque en los legados de cosa específica la lectura del artículo 882 del Código Civil (adquisición de la propiedad de la cosa legada por el legatario) puede ser base para considerar tal adquisición como concreta, no lo es para entenderla definitiva.

En efecto, por consecuencia de la liquidación y partición, herederos y legatarios pueden ver mermadas o anuladas por completo sus adquisi-

ciones, por existir acreedores o legitimarios a quienes, prioritariamente y por su orden, han de ser satisfechos sus créditos o legítimas.

Por pocos efectos que la doctrina y la jurisprudencia hayan querido atribuirle al negocio particional, nunca han sido menores que los que defiende: concretar y hacer efectivamente definitiva la adquisición.

En el momento anterior a la partición, la muerte del heredero o legatario que sobrevivió al causante, ocurrida antes de la aceptación, sólo provoca la transmisión a los suyos de un derecho tan genérico como el que tenía: el de aceptar o repudiar la herencia o legado, conforme a los artículos 1.006 y 889 del Código Civil. Si el heredero o legatario fallece después de aceptar, pero antes de la partición, se producirá la transmisión a sus herederos del derecho hereditario que a aquél pertenecía, derecho que, según tengo ya señalado, no puede decirse que sea concreto ni, desde luego, definitivo.

Con absoluta claridad ha percibido tal extremo nuestra Ley Hipotecaria, la cual, antes de la partición, sólo concede al heredero o legatario aceptantes la facultad de anotar su derecho (art. 42, 6.º y 7.º, y arts. 47 y 48) y no la de inscribirlo, como sería lo procedente de entenderse (sobre todo en el apuntado caso de legado de cosa específica) que la adquisición de la propiedad ya aparecía definitiva y concretamente realizada. Con estas anotaciones vienen a asegurarse los efectos de la retroacción de la adquisición respectiva, pero jamás los de la propia adquisición, puesto que, pese a la anotación, puede no llegar a producirse nunca.

Examinado cuál sea el momento de arranque de la comunidad ya constituida, ha de pasarse al estudio del problema que respecto a ella plantea la procedencia o no del derecho de acrecer. A tal efecto conviene separar los dos fundamentales tipos que de comunidades en actuación pueden ofrecérsenos: la romana o por cuotas y la germánica.

a) *Comunidad romana o por cuotas indivisas*

No es posible sostener que en la comunidad romana ya constituida, la porción dejada vacante por un comunero acrezca a los demás cotitulares. El tan repetido argumento de que el derecho de acrecer sólo procede con anterioridad a la adquisición y el hecho evidente de la falta de conjunción de que adolece la comunidad por cuotas, son motivos sobrados en orden a justificar aquella negativa.

Naturalmente, la objeción a todo lo dicho surge de inmediato: La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1960 declaró que la renuncia de un partícipe en la comunidad, siendo abdicativa, ocasiona el acrecimiento de su cuota por los demás copartícipes.

El caso sometido a la Dirección General de los Registros y del Notariado fue en la resolución citada el de una renuncia al haber ganancial hecha por los herederos del marido. El Centro directivo no estimó suficiente resolver el concreto supuesto objeto del recurso y se aprestó a formular una declaración de carácter general, ya anticipada por la Resolución de 12 de mayo de 1924 (que el Notario recurrente alega en su escrito). En efecto, el penúltimo de los considerandos del fallo que comento señala:

«Considerando que en los casos de coparticipación de dos o más sujetos en un mismo derecho, la renuncia abdicativa, es decir, la hecha pura y simplemente, no provoca la extinción, sino el acrecimiento de la porción renunciada a los demás cotitulares, como ponen de relieve, entre otros preceptos del Código Civil, el artículo 395, relativo a la renuncia de cuota hecha por el copropietario...; el 544...; el 575...»

Aunque es lo cierto que el precepto del artículo 395 invocado (referente a la renuncia hecha por el condómino que quiera eximirse del pago de los gastos de conservación de la cosa común) no señala expresamente el destino que tendrá la porción repudiada, no ofrece duda que su espíritu es concordante con la solución dada por el aludido fallo jurisprudencial (al menos, en cuanto al condominio o copropiedad se refiere).

Esto así, y en contra de lo que antes se afirmaba, habría que inferir la existencia del derecho de acrecer en la comunidad romana, y no puedo por menos que denunciar lo erróneo de esta deducción.

La resolución citada y el precepto en el que descansa su doctrina no son, a mi juicio, creadores de un sistema de acrecimiento, porque ni el artículo 395 alude para nada al derecho de acrecer y porque ni éste ni la resolución que lo utiliza de soporte comprenden el otro supuesto de vacancia de una cuota en el que tendría interés la aplicación del acrecimiento: me refiero al caso de fallecimiento de un comunero. Fallecido un comunero romano, es indudable que la cuota de la que era titular pasa a formar parte del caudal por él relicto, transmitiéndose a sus herederos. Jamás se ha puesto en tela de juicio este efecto. Pues bien, si uno de los supuestos (el de fallecimiento) no admite el derecho de acrecer, vale más entender que el Centro directivo no ha venido en su fallo a crear un acrecimiento especial y sí un supuesto de absorción que viene a aplicarse a un concreto caso: el de la renuncia al dominio (aunque otra cosa pueda desprenderse de los generales términos con los que, como se ha visto, la Dirección General de los Registros y del Notariado sienta su doctrina).

La absorción predicada por la resolución que se examina tiene un fundamento que dista mucho de ser el propio hecho comunitario (como sería ineludible para que se tratase de un derecho de acrecer), y tal fundamento no es otro, a mi entender, que la propia naturaleza del derecho

de cuya renuncia se trata y el destino que el acto que motiva la vacante marca para la porción respectiva.

Para demostrar que esto es así basta con examinar uno a uno los preceptos que el transcrito penúltimo considerando de la tan reiterada resolución invoca como justificante de su tesis.

— El artículo 395 del Código Civil. Renuncia al condominio.

¿Es el fundamento de la absorción que se predica el hecho comunitario? Indudablemente, no, pues de ser así no se comprende cómo ha de seguirse distinto criterio para el caso de muerte de un comunero, como antes destacaba.

El fundamento será, pues, el destino que la renuncia imprime al derecho renunciado.

En efecto, repudiándose el derecho de dominio, el bien renunciado queda convertido en *nulius*, y siendo inmueble será deferido al Estado, quien tomará posesión de él en vía administrativa (art. 21 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y 51 de su Reglamento de 5 de noviembre de 1964), o tratándose de una cosa mueble será adquirida por su primer ocupante, cumplidos los requisitos que fija el artículo 615 del Código Civil. Esto, que resulta totalmente correcto para el dominio singular, no lo parece tanto para la situación de condominio. Si el evidente deseo del legislador es no fomentar el hecho comunitario (que se entiende antieconómico) ni complicar su funcionamiento, es lógico que, respetando la voluntad de los particulares (en el sentido de no impedir la situación de comunidad libremente acordada ni truncar el normal régimen sucesorio de las cuotas), tienda a evitar que sean los posibles derechos del Estado los que lo compliquen y perpetúen. Entendiéndolo así la citada Ley y el Reglamento del Patrimonio del Estado, hacen referencia sólo a «los inmuebles que estuvieren vacantes», sin aludir a derechos o cuotas de los mismos. Si el Estado rechaza la adquisición, lo racional será, ante la imposibilidad de determinar otro lógico destino para la porción vacante, que ésta quede atribuida a los demás cotitulares; además, que en el caso de renuncia de una cuota puede, sin excesivo esfuerzo, presumirse en el repudiante el deseo de beneficiar con su actuación a los demás cotitulares (la renuncia, según el Código Civil, se hace para eximirse de unos gastos que naturalmente habrán de ser asumidos por los demás).

— El artículo 544 del Código Civil. Renuncia a las servidumbres.

El citado precepto indica cómo «el que no quiera contribuir (a los gastos de uso y conservación) podrá eximirse renunciando a la servidumbre en provecho de los demás».

Se señala ya aquí el destino de la parte renunciada, la cual será

absorbida por los demás; pero tal absorción no deriva de la situación de comunidad (3), como lo prueba:

1. El propio artículo 544, que al comenzar diciendo «si fuesen varios los predios dominantes», claramente indica dos cosas: que esos «demás» a los que atribuye el provecho de la renuncia pueden no ser, desde luego, comuneros, y que está dictado para las servidumbres prediales.

2. Y, por último, la idea general de que la servidumbre predial es precisamente una relación entre predios, lo que excluye toda idea de comunidad en su titularidad, porque la situación comunitaria no se entiende sin personas que la integren.

No siendo la comunidad la base que fundamenta la absorción postulada por el artículo 544, ésta ya no podrá ser otra que la propia naturaleza del derecho repudiado; en este caso, la indivisibilidad que para las servidumbres predica el artículo 535 del Código Civil.

— El artículo 575 del Código Civil. Renuncia a la medianería.

Las mismas razones argumentadas a propósito de la servidumbre en general son válidas para concluir que no es la situación de comunidad la que justifica la absorción de la parte renunciada, sino la propia naturaleza indivisible que a la medianería ha de atribuirse.

Por todo ello, siempre que la naturaleza del derecho repudiado (dominio singularmente u otros derechos de carácter indivisible) no exija la absorción del mismo por otras personas, tal absorción no puede postularse, aunque lo renunciado sea una fracción indivisa del mismo. Ocurre así con el derecho de usufructo, para el que ni cabe atribuirle carácter indivisible (en situación de comunidad por cuotas indivisas) ni corre el peligro de su posible conversión en *nulius*, dado que éste tiene marcado un claro destino: su consolidación con la nuda propiedad (en apartado posterior trataré más ampliamente de este tema).

La resumida conclusión de todo lo dicho es la imposibilidad de actuación del derecho de acrecer en las comunidades romanas o por cuotas indivisas. Los casos excepcionales en que se opera una absorción de la cuota vacante tienen su justificación en razones bien diferentes del acrecimiento e incluso bien alejadas del propio hecho comunitario, según he intentado demostrar. Además, nótese que sería absurdo intentar crear un derecho de acrecer para la comunidad por cuotas específicas ya constituida, cuando se niega tal derecho (con base a la falta de conjunción) para la que se encuentra en trámite de formación.

(3) JUAN ROCA JUAN, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2, pág. 88, considera que «el precepto no contempla una comunidad en un derecho de servidumbre».

Queda, por último, determinar la posibilidad o no de establecer, por la vía del pacto o de la disposición del transmitente, el efecto de la absorción recíproca de las cuotas vacantes en la situación de comunidad proindiviso ya constituida.

Tanto el testador como el donante tienen, a mi juicio, potestad para ello.

Disponiéndose por el testador que las porciones indivisas que se adjudiquen a los llamados sean absorbidas, al faltar alguno de ellos (después de la adjudicación), por los demás comuneros, ha de entenderse entonces constituida una sustitución fideicomisaria de las recíprocas o compendiosas, cuya validez será irreprochable siempre que en ella se cumplan los requisitos fijados por los artículos 781 y siguientes del Código Civil. Por la necesidad que toda sustitución fideicomisaria tiene de ser expresa (arts. 783 y 785, 1.º, del Código Civil), no bastará que, en los casos de referencia, el testador prevenga genéricamente el acrecimiento o absorción (pues con ello ha de entenderse que alude al acrecimiento legal previo a la adquisición), siendo precisa la expresión de que tal efecto va a producirse aun con posterioridad a la adquisición definitiva o que así pueda deducirse inequívocamente de la disposición del causante (como en el legado por partes indivisas del dominio de una finca, en el que el *de cuius* ordena que las porciones del que fallezca «en cualquier momento» acrezcan a los demás). Naturalmente, no debe causar problema alguno la validez de la renuncia que a este derecho de absorción hagan los interesados en forma hábil, habida cuenta de la perfecta admisibilidad de la repudiación al propio legado, que es lo más, y de la genérica permisión de la renuncia a los derechos adquiridos, contenida en el artículo 6, 2.º, del Código Civil.

Cuando por el donante se establezca una cláusula de absorción en similar sentido, su efecto cabrá explicarlo: bien a través de la figura de la cláusula reversional recíproca y tontinaria (4), sujeta a lo dispuesto en el artículo 641 del Código Civil, o bien mediante un complicado juego de condiciones suspensivas y resolutorias a las que quedarán sujetos las respectivas adquisiciones, tal y como luego señalaré. En el primer caso, al menos, habrá de estimarse la disposición igualmente válida. La renuncia por los interesados al efecto acrecentador requerirá siempre del concurso del donante.

Veamos, para terminar, la cláusula de absorción en los negocios *inter vivos* onerosos.

En ellos puede entenderse que quien la establece es el transmitente (lo que sólo procederá cuando la cláusula esté integrada en el negocio

(4) Así, BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, pág. 174.

transmisivo) o que son los propios adquirentes quienes la convienen (lo que necesariamente habrá de colegirse cuando la cláusula en cuestión sea pactada con posterioridad a la adquisición).

La primera interpretación exige construir el negocio traslativo como celebrado en la siguiente forma: El transmitente enajena a cada uno de los adquirentes su respectiva porción, sujetando tal adquisición a una condición resolutoria, cuyo hecho determinante consistirá en que el fallecimiento de su titular ocurra con anterioridad al de los demás. A la misma vez, y a favor de todos y cada uno de los adquirentes, transmite bajo condición suspensiva las porciones que en el futuro vaquen, y esta nueva adquisición se realizará igualmente bajo el condicionamiento resolutorio antes expresado.

Tal construcción, además de excesivamente complicada en su aspecto sustantivo, resulta fiscalmente antieconómica y tiene en su contra serias objeciones, como la de recaer las adquisiciones suspensivamente condicionadas sobre bienes ajenos y futuros respecto del transmitente (por lo que no podría surgir en un acto transmisivo gratuito, por impedirlo así los arts. 634 y 635 del Código Civil); la de no poder presumirse las aludidas condiciones como no quedasen expresamente establecidas, y los espinosos problemas que suscitaría ello, cuando cualquiera de las porciones fuese adquirida por unos cónyuges, en orden a determinar el momento en que la condición resolutoria quedó cumplida. Vale más, pues, adoptar la segunda de las soluciones propuestas: que son los adquirentes los que convienen en el pacto de absorción, aunque tal pacto esté integrado en el negocio transmisivo.

La Resolución de 19 de mayo de 1917, que admitió la validez e inscribibilidad de ese pacto, así lo entendió.

En la citada resolución se trataba de la compra que de una finca dos personas hicieron de por mitad y en proindiviso, con la cláusula de que el que de ellos sobreviviese adquiriría la mitad correspondiente al premuerto.

El Registrador calificó tal cláusula como una de donación *mortis causa*, y la denegó por no haberse cumplido los requisitos del artículo 620 del Código Civil.

El Notario recurrente la calificó como una donación *inter vivos* de la especie recíproca o compendiosa, en la que la entrega de la cosa fue reservada *post mortem*.

Ni una ni otra naturaleza aceptó para tal pacto la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en su fallo formuló, entre otras, las siguientes declaraciones:

1. Que la cláusula contractual viene a sujetar «la propiedad de la mitad correspondiente a cada uno de los compradores a una condición resolutoria», y esto es perfectamente inscribible.
2. Que se trata de «convenio *inter vivos*».
3. Que no es una donación o pacto sucesorio recíproco, sino que tiene «la naturaleza bilateral o recíproca del contrato», en el que hay contraprestaciones por ambas partes.
4. Que por él se crean auténticos derechos reales.
5. Que no es aplicable la prohibición del párrafo 2.º del artículo 1.271 del Código Civil, porque no hay herencia futura.
6. Y, por último, que el pacto en cuestión encierra una recíproca cesión otorgada por los compradores, «de igual manera que en la constitución de rentas vitalicias, alimentos, seguros, retiros, usufructos o combinaciones tontinas para auxilios a la vejez se establecen pactos aleatorios que... se refieren a la muerte como punto de arranque de derechos y obligaciones o de la adquisición de derechos reales».

Con estos pronunciamientos habrá de concluirse que el referido pacto es válido e inscribible, se contenga en el título adquisitivo o en otro posterior independiente de aquél (5). Se tratará entonces de un contrato de eficacia real y oneroso, en el que las prestaciones recíprocas se integran por las aportaciones que cada comunero realiza al juego aleatorio.

Cada copartícipe, en estos casos, conservará, no obstante la condición resolutoria de que pende su dominio, la disponibilidad de su cuota, respetando siempre el efecto de dicha condición. Lo declaró así la Resolución de 1 de mayo de 1918, en la que se entendió procedente la anotación de embargo a practicar sobre una de las cuotas.

b) *Comunidad germánica o en mano común*

Aunque no es la regla general en nuestro Derecho conviene, no obstante, examinar este tipo de comunidad para aplicar las deducciones que se obtengan, bien por completo a las comunidades germánicas que, configuradas indudablemente como tales, excepcionalmente en nuestro Derecho existen (así, en los montes vecinales en mano común, a que se refieren los arts. 21 y 22 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962), o bien, con las oportunas modalizaciones, a aquellas figuras que guardan con ese tipo de comunidades un mayor o menor grado de analogía (casos de la comunidad hereditaria y de la sociedad de ganancias, según una ya formada, aunque no por ello menos criticada, doctrina jurisprudencial).

(5) En contra, BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, pág. 174.

Al fallecer, el comunero germánico no transmite derecho alguno a sus herederos, pues su participación es intransferible. Y, naturalmente, sucede igual en caso de renuncia. ¿Se produce entonces el fenómeno del acrecimiento? Entiendo que, desde luego, no, porque el lugar del comunero germánico muerto o repudiante:

- o bien es ocupado por los demás miembros de la comunidad,
- o en él se subrogan otras personas, pero por normas distintas a las sucesorias.

Si es obvio que en este segundo caso no puede hablarse de derecho de acrecer, no lo es menos en el primero. Si lo típico de la comunidad germánica es que el derecho pertenece por entero a todos y cada uno de los comuneros, mal puede pretenderse el acrecimiento a favor de alguien que ya era antes titular del todo. Y si se dice que se trata de un derecho de acrecer especialísimo, ante las divergencias tan singulares que éste ofrecería frente al propio derecho de acrecer (no se dan sus requisitos de premoriencia, etc...., y no hay porción vacante porque la cuota parte no existe), la pretensión habría que considerarla, desde luego, arbitraria, al querer designar con igual nombre instituciones señaladamente diferentes y, sobre todo, cuando de ese inmeditado y superficial etiquetaje homogéneo se pretendiesen extraer las correspondientes consecuencias (aplicar por analogía las reglas que norman una institución, de forma supletoria a la otra institución huérfana de tales normas).

Cerrando con lo expuesto el examen del derecho de acrecer en la comunidad en general, conviene centrar ahora nuestra atención en un especial supuesto que reviste características singulares: la comunidad en el derecho de usufructo.

LA COMUNIDAD EN EL DERECHO DE USUFRUCTO. EL DERECHO DE ACRECER ENTRE USUFRUCTUARIOS. EXAMEN DEL ARTICULO 521 DEL CODIGO CIVIL

Como en la comunidad en general, la situación comunitaria relativa al derecho de usufructo debe ser examinada contemplando las dos posibilidades que al principio señalaba: la comunidad en formación y la ya constituida.

A) COMUNIDAD DE USUFRUCTUARIOS EN FORMACIÓN

a) *Vocación por acto «mortis causa» a la comunidad en el usufructo*

Dos preceptos contiene nuestro Código Civil que hacen referencia a la situación que se examina: los artículos 987 y 521.

Artículo 987: «El derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los mismos términos establecidos para los herederos».

Artículo 521: «El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere».

Que una y otra norma tienen un contenido bien distinto es lo que me propongo hacer patente a lo largo de las consideraciones que ahora paso a realizar.

1.º El artículo 987 del Código Civil.

El precepto consagra un auténtico derecho de acrecer. Este es un punto que no debe ofrecer duda dados los términos que emplea y su propia colocación en la sección destinada al derecho de acrecer.

De la remisión que este artículo realiza a los anteriores («en los términos establecidos para los herederos») puede fácilmente extraerse cuál sea su ámbito de aplicación, que quedará ceñido, conforme al artículo 982, a aquellos casos en que siendo dos o más los llamados conjuntamente (sin especial designación de partes) a un usufructo, uno de ellos:

- premuera al testador;
- renuncie a la herencia (o legado, en este caso),
- o sea incapaz de recibirlo.

Los casos, pues, de aplicación del precepto quedan restringidos, según se desprende de lo dicho a aquellos en que el usufructo sobre la porción objeto de acrecimiento no sólo no ha sido definitivamente adquirido, sino que aún no ha quedado ni tan siquiera constituido.

De la esfera de acción de este precepto van a escapar, por definición, los siguientes supuestos:

- Fallecimiento de uno de los llamados al usufructo, ocurrido con posterioridad al fallecimiento del causante, pero antes de aceptar o repudiar.
- Fallecimiento o repudiación de uno de los llamados, cuando tal ocurra después de efectuada la aceptación y antes de hecha la partición o entrega.

- Fallecimiento o repudiación de uno de los llamados, si el hecho acaeciera con posterioridad a la partición o entrega.

En ninguno de los tres anteriores casos se producía, según vimos, en la comunidad en general, derecho de acrecer alguno, pues el primero daba lugar a que se transmitiese a los herederos del fallecido el derecho que éste tenía de aceptar o repudiar y los otros dos ocasionaban, para el supuesto del fallecimiento, la transmisión a los herederos del premuerto de su derecho hereditario (si ocurrió antes de la adjudicación) o de los bienes concretos adquiridos (si sucedió en momento posterior), y para el caso de renuncia se producía un fenómeno de absorción, que, como ya dejé señalado, mal podía decirse que fuese un propio derecho de acrecer.

Cuando de un derecho de usufructo se trata, puede decirse, desde luego, que en los tres supuestos señalados no hay derecho de acrecer, al menos el ordinario, al que se refiere el artículo 987 del Código Civil, pero lo que no pueden ya mantenerse son las consecuencias que, tal y como he recordado, debían de aplicarse a la comunidad en general, y ello porque respecto del usufructo contamos ya con una especial regla, la del artículo 521 del Código Civil.

La tesis que definiendo no puede, por otra parte, decirse que sea de nuevo cuño, pues es con matices la que ya sostenía PUIG BRUTAU, para el cual, el artículo 987 del Código Civil se refiere no a una comunidad ya existente en el usufructo, sino al llamamiento del testador a varias personas para que conjuntamente sean usufructuarios del mismo objeto.

El Código Civil comete quizá la imperfección de hablar en el referido precepto de «usufructuarios», pareciendo referirse a quien ya ostenta esta cualidad, en lugar de «llamados al usufructo», que es lo que realmente hubiese sido más correcto. Sorprende igualmente que la tan reiterada norma aluda con separación a legatarios y usufructuarios, siendo así que estos últimos ostentan la indubitada condición de legatarios (Sentencia de 24 de enero de 1963); pero, a mi juicio, ni la achacada reiteración es estéril ni obedece a una falta de técnica precisa. Con la dualidad de alusiones apuntada, el artículo 987 viene a solucionar un problema no resuelto por los generales artículos 982 y siguientes, al destacar cómo el derecho de acrecer se dará sólo entre los llamados al usufructo. Llamadas en un mismo legado varias personas al usufructo de una cosa o porción de herencia y otras a la nuda propiedad de la misma cosa o porción, todos sin designación de partes específicas, las vacantes que se produzcan en el usufructo beneficiarán por acrecimiento exclusivamente a los demás llamados a dicho derecho.

2.º El artículo 521 del Código Civil.

Ya he dejado señalados con anterioridad los tres supuestos a los que

no alcanza el efecto de acrecimiento a que se refiere el artículo 987 del Código Civil. ¿Quedan éstos entonces sujetos a la disposición contenida en el artículo 521 del mismo Código?

La solución de esta interrogante exige examinar cuáles sean los presupuestos de acción del último de los artículos citados, y comprobar si tales presupuestos se cumplen en todos y cada uno de los apuntados casos.

De la dicción del artículo 521 se desprende que su aplicación sólo procederá cuando concurren los siguientes requisitos:

- que se trate de un «usufructo», es decir, que el llamamiento sea conjunto y sin designación de parte específica;
- que el usufructo esté «constituido»,
- y que lo sea «en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución».

Sobre si estos presupuestos de aplicación se dan en el último de los casos señalados (fallecimiento o repudiación de un usufructuario ocurrido en un momento posterior a la partición o entrega) es problema que examinaré en apartado posterior, porque pudiendo decirse que en tal situación la comunidad en el usufructo está plenamente constituida, será al estudiar este tipo de comunidad cuando deban plantearse las cuestiones que suscita aquel fallecimiento o aquella repudiación.

Para los dos restantes casos (fallecimiento del usufructuario posterior al del testador y antes de aceptar o repudiar, y fallecimiento o repudiación acaecidos con posterioridad a la aceptación, pero antes de hecha la partición o entrega), el primero y el tercer presupuesto del artículo 521 no ofrecerán problema alguno (la pluralidad de llamamientos y la conjunción en ellos son extremos bien fáciles de indagar), pero mayores dudas va a ofrecer el segundo de ellos.

En efecto, en los dos apuntados casos, ¿puede decirse que el usufructo está constituido?

Entiendo que la solución ha de ser la afirmativa. Si es cierto que hasta el momento de la partición o entrega no puede considerarse definitivamente adquirido el usufructo, no lo es menos que desde el momento del fallecimiento del testador queda aquél constituido (basta recordar cómo la hipoteca unilateral queda constituida desde el momento de su inscripción y que la posterior aceptación por parte del acreedor hipotecario sólo va a motivar su definitiva adquisición).

Con la tesis que patrocino va a resultar que para los casos de muerte de uno de los llamados al usufructo ocurrida antes de la aceptación, se ha creado una excepción al artículo 889 del Código Civil, que prevé la transmisión a los herederos del legatario fallecido del derecho que aquél

tenía para aceptar o repudiar el legado. Pero, en primer lugar, la excepción es más aparente que real, pues tanto ese precepto como el artículo 1.006, del que aquél es norma específica, tienen en su contenido su propia limitación, por cuanto al prevenir un supuesto de transmisión *mortis causa* de facultades relativas a derechos, sólo alcanzarán a aquellos casos en que se trate de derechos susceptibles de tal transmisión, y ya sabemos que el de usufructo es intransmisible *mortis causa*.

En segundo lugar, la excepción de sostenerla viene confirmada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en Sentencia de 24 de abril de 1976 estimó aplicable el artículo 521 del Código Civil al supuesto de referencia.

El Supremo sujetó a su fallo un caso en el «que la causante, en la cláusula tercera de su testamento, dispuso que los bienes inmuebles de su herencia pasasen sólo en usufructo vitalicio a su sobrina, doña M. R. E., y en la cláusula cuarta se expresó que al fallecimiento de su referida sobrina pasen a los hijos de ésta, igualmente en usufructo, y en porciones iguales, cuales bienes heredarán en plena propiedad y por partes iguales los hijos de éstos. Y fallecida primeramente la testadora; después su citada sobrina, la cual dejó cuatro hijos, y finalmente dos de estos últimos, los otros dos hijos sobrevivientes se adjudicaron por mitad y en proindivisión el usufructo de la totalidad de los bienes inmuebles, por entender que las partes correspondientes a sus dos hermanos premuertos acrecían a sus derechos, acrecimiento que la Sala de Instancia estima improcedente» (6).

El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida y declaró en el segundo de los considerandos de su fallo lo siguiente:

«Considerando que frente a tal decisión se alza el primer motivo del recurso, que, fundado en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 675, en relación con los 982, 983 y 521, todos del Código Civil, motivo que debe ser estimado, porque de los términos en que se produce la disposición testamentaria resulta claro que la testadora, al llamar al usufructo de los bienes inmuebles de su herencia a los hijos de su citada sobrina, lo hizo no constituyendo tantos usufructos distintos o independientes como fuesen los hijos de ésta, sino un solo usufructo para todos ellos conjuntamente y por partes iguales, y al ser ello así, es llano que se da el supuesto del artículo 982, número 1.º, en relación con el 983, párrafo 2.º, y si bien los dos usufructuarios fallecidos murieron después que la testadora y no antes que ella, como previene el indicado artículo 982, número 2.º, tal circunstancia no obsta a que tenga lugar el derecho de acrecer en beneficio

(6) En extracto de la Sentencia citada.

de los dos usufructuarios sobrevivientes, porque entre usufructuarios existe además un derecho de acrecer especialísimo, y es el establecido en el artículo 521, precepto que aunque parece referirse exclusivamente al usufructo simultáneo, es indudable que se refiere también al sucesivo, ya que en esta especie de usufructo, el segundo usufructuario no entra en el disfrute hasta la muerte del primero, y es evidente que al morir el último llamado se extingue el usufructo, que es precisamente lo que ordena dicho artículo, de todo lo cual se sigue que al fallecimiento de aquellos dos usufructuarios, su derecho de usufructo no debía refundirse con la nuda propiedad perteneciente a los nietos de doña M. R. E., sino acrecer en beneficio de los otros dos usufructuarios sobrevivientes...» (6 bis).

En igual sentido se pronuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 1 de diciembre de 1960.

El Supremo y la Dirección aluden en sus razonamientos al artículo 521 del Código Civil, como creador de un especialísimo derecho de acrecer, y no conviene que este punto sea pasado por alto.

A mi juicio, tal asimilación, que no es, desde luego, plena (se habla de acrecimiento «especialísimo»), no hace sino fomentar un lamentable estado de confusión.

Habrà que estar de acuerdo con GARCÍA-BERNARDO LANDETA (7) cuando, aun en contra de la señalada corriente jurisprudencial y de las tesis defendidas por numerosos autores (para DÍAZ CRUZ hay derecho de acrecer especialísimo; para BELTRÁN DE HEREDIA hay pacto de acrecer, y para ROCA SASTRE, acrecimiento tontino), se niega a aceptar que la norma del artículo 521 del Código Civil establezca un propio derecho de acrecer.

Justifica GARCÍA-BERNARDO su negativa en los siguientes postulados:

- El artículo 521 «no menciona la palabra acrecimiento o la frase derecho de acrecer».
- El precepto está incluido «en el título relativo al usufructo y no en el título referente a la sucesión».
- En los casos del artículo 521 no se dan los presupuestos que son de esencia al derecho de acrecer.
- Y, por último, que nuestro Código Civil, con el loable deseo de no enmarañar la institución del acrecimiento, ha procedido, con una técnica depurada y superior, a eliminar de su articulado el precepto del artículo 819 del Proyecto de 1851, que establecía el derecho de acrecer «entre los llamados conjuntamente a un usufructo..., aunque haya aceptado el legado». A esta eliminación ha de dársele pleno contenido, sin que quepa justificarla como

(6 bis) El subrayado es mío.

(7) *Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, págs. 97 y ss.

una simple omisión padecida por el legislador al refundir los textos de aquel proyecto, tal y como parece pretender explicarlo la citada Resolución de 1 de diciembre de 1960, explicación que, con razón a mi juicio, no acepta GARCÍA-BERNARDO (8).

Esto así, si se mantiene que el artículo 521 de nuestro actual Código Civil no es creador de un derecho de acrecer, ¿qué institución se contiene entonces en el mismo?

Para GARCÍA-BERNARDO, el precepto viene a consagrar «unas adquisiciones *ex lege*» (9).

Entiendo que esta última conclusión no puede ser ya compartida, y ello:

- Porque si el usufructo acrecido se adquiere *ex lege*, es decir, si se trata de un usufructo legal, tendríamos que realizar una nueva peripecia doctrinal para salvar el efecto del artículo 108 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «No se podrán hipotecar... Segundo. Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil», y en trance de no poder ser salvado, tal consecuencia obligaría a dar correcta solución al espinoso problema de determinar cuál sea en cada caso la porción adquirida *ope lege* y cuál la restante, a fin de que sólo a aquélla sea aplicada la prohibición de hipotecar y, por ende, según se considera indiscutible, de enajenar (problema imposible de resolver dada la conjunción que del usufructo se predica).
- Y, en segundo lugar, porque la defensa de la tesis de la adquisición por ministerio de la ley nos obligaría a considerar una dualidad de títulos (voluntaria y legal) que, en los usufructos sucesivos, viene a implicar una grave distorsión de un negocio ya de antemano configurado de forma definitiva por las partes; significando, además, la atribución de unas penosas consecuencias para el segundo llamado, al merecer su usufructo el carácter de legal, en los términos que ya he dejado señalados.

Salva GARCÍA-BERNARDO este último obstáculo afirmando la no aplicabilidad del artículo 521 del Código Civil al usufructo sucesivo, afirmación que, como posteriormente tendré ocasión de señalar, no puede considerarse ni justificada ni correcta.

Mi opinión es la de que no puede pretenderse que el artículo 521 del Código Civil diga más de lo que realmente dice: que el usufructo cons-

(8) *Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, pág. 102.

(9) *Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, pág. 107.

tituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extingue hasta la muerte de la última que sobreviva. Cumplidos estos presupuestos que la norma exige, se produce la consecuencia prevista: el usufructo no se extingue hasta la muerte del último de sus titulares, es decir, sólo se niega la consolidación, pero para nada se decide el destino que deba darse a las porciones vacantes, porque tal destino habrá, desde luego, de ser fijado por el título constitutivo del mismo usufructo.

Del expresado título resultará si el lugar del fallecido o repudiante ha de ser ocupado por los demás (usufructos simultáneos o conjuntos) o bien por otra persona designada (usufructos sucesivos). Y con ello no estoy concediendo al título constitutivo del usufructo mayor importancia que la que le otorgan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 1960 y 10 de julio de 1973, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1976 o las tesis defendidas por autores del prestigio de ROCA SASTRE, BELTRÁN DE HEREDIA y VENEZIAM.

Lo expresado viene, desde luego, a explicar que el citado artículo 521 sea de procedente aplicación a los usufructos sucesivos (al menos, a los que la doctrina califica como propios), tal y como señala la Sentencia de 1976, antes citada, y la de 26 de abril de 1954 (Sala Quinta), extremo que causa extrañeza a no pocos comentaristas (10) y que con la interpretación que ofrezco viene a resultar de todo punto lógico.

Resumiendo todo lo que se lleva dicho, en los supuestos de vocación hereditaria múltiple y de forma conjunta y simultánea al derecho de usufructo (sin ánimo de constituir tantos usufructos distintos e independientes como personas sean las llamadas al mismo, tal y como exige la tan repetida Sentencia de 1976), la falta de un usufructuario provoca: o bien el derecho de acrecer, que con carácter ordinario regula el artículo 987 del Código Civil, o bien que en los supuestos en que tal precepto no tenga aplicación haya de entenderse, en virtud del artículo 521, que el derecho de usufructo no se extingue por aquel hecho, debiendo de acudir al título constitutivo para determinar quién ocupará el lugar del usufructuario que falte.

Si el artículo 521 no decide nada acerca del destino de la vacante, pues tal extremo lo resuelve el título constitutivo, el artículo 987 se ve en la precisión de marcar expresamente tal destino: el acrecimiento, salvo que el testador prevea la sustitución vulgar, lo que resulta verdaderamente acertado, y ello porque en los casos de aplicación de este último precepto,

(10) Así, GARCÍA BERNARDO en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, pág. 78, según se ha visto.

al no estar el usufructo aún constituido, mal podría acudir al título para solucionar el problema de la trayectoria a seguir por la vacante.

b) *Vocación por acto «inter vivos» y gratuito a la comunidad en el usufructo*

Donándose conjuntamente a dos o más personas el derecho de usufructo, y ocurriendo que alguno de los llamados muriese antes de aceptar la donación o la repudiase, el problema a resolver viene a ser el de si han de aplicarse entonces las reglas que para la comunidad en general se contienen en los artículos 637 y concordantes del Código Civil o si, por el contrario, habrá de regir lo dispuesto en el artículo 521 del mismo Código.

A mi juicio, si en el caso planteado se dan los supuestos de aplicación del artículo 521, éste, desde luego, deberá ser tenido en cuenta como regla especial con vigencia prioritaria a la general que consagra el artículo 637.

La pluralidad en los llamamientos y la conjunción en los mismos resultan extremos claros, y lo que no lo es tanto es el punto de si el usufructo está o no constituido al producirse la vacante.

Señala el artículo 629 del Código Civil que «la donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación». Por la aceptación, la donación deviene en perfecta. Donado el usufructo conjuntamente a varias personas, habrá de entenderse que queda constituido y que es, por tanto, de aplicación el artículo 521 desde el momento mismo de la aceptación, pero ¿será suficiente la aceptación de uno solo de los donatarios o debe esperarse a que todos la formulen?

Cuando la vocación a un derecho es conjunta, como aquí ocurre, y, sobre todo, cuando ese derecho, aun después de adquirido, va a seguir disfrutándose con el mismo carácter de conjunto (lo que también aquí sucede, como después tendré ocasión de señalar), el derecho en cuestión ya no puede ser descompuesto y la atribución del mismo a sus titulares habrá de hacerse con un criterio solidario: pertenecerá a todos y cada uno de ellos por entero, porque así estaba formulada la vocación y porque en tal modo se va a constituir el disfrute. Por todo ello, si cualquiera de las personas a quienes se defiere el derecho, lo acepta, ese derecho queda constituido sin que tenga que esperarse a que los demás llamados expresen su voluntad, que sólo motivará, de ser favorable, el retraimiento en la extensión del derecho del primero, o siendo repudiatoria, la confirmación de aquella extensión.

Lo reseñado encuentra su completa justificación y prueba en un caso preciso de adquisición conjunta previsto en nuestro Derecho: el de la

adquisición de los bienes gananciales. Los gananciales son de ordinario adquiridos por el marido sin intervención alguna de la mujer; la sola voluntad del marido perfecciona el contrato adquisitivo y motiva la atribución de los bienes de que se trate a ambos cónyuges, conjuntamente y sin cuotas. Si se dijera que todo ello tiene su justificación en las facultades de extraordinaria administración que al marido se atribuyen, hay que oponer que no es tal, porque la mujer, aun no siendo administradora, puede abordar con plena eficacia idéntica actuación adquisitiva.

Ahora bien, si el usufructo queda constituido desde que cualquiera de los favorecidos por la vocación conjunta manifiesta su aceptación, ¿habrá de sostenerse entonces que desde tal momento es inscribible en el Registro de la Propiedad?

Entiendo que no, y la base de tal negativa puede encontrarse en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que exige que toda inscripción exprese: «... Segunda. La... extensión... del derecho que se inscriba...». Tal extensión está claro que no es posible conocerla hasta que se produce la decisión de todos los llamados en el sentido de aceptar o repudiar el derecho que se les ofrece. Que en la inscripción de las adquisiciones gananciales esto no es así, como ya se vio, bastando con el consentimiento del cónyuge adquirente para que la inscripción conjunta se practique, no obsta para nada a lo dicho, porque en este último caso el carácter ganancial, y por ello conjunto de lo adquirido, aparece terminantemente fijado en preceptos legales que conceden virtualidad a la voluntad de uno solo de los cónyuges para perfeccionar y consumir la adquisición. Así, el artículo 1.401, 1.º, del Código Civil declara gananciales las adquisiciones onerosas, aunque se hagan «para uno solo de los esposos», y el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, en su regla primera, da lógico remate y colofón a aquella norma sustantiva, predicando la inscripción a nombre de ambos cónyuges aun cuando la adquisición sea hecha por uno solo de ellos. La extensión del derecho aparece, pues, en estos casos perfectamente delimitada, lo que, desde luego, no ocurre en el supuesto que antes se planteaba.

Lo que defiendo es, por otra parte, lo más acorde a la regla jurídica conforme a la cual «nadie puede adquirir derechos sin el concurso de su voluntad», máxima que razonablemente sólo debe ceder ante aquellos casos amparados por normas legales que postulen lo contrario, tal y como ocurre: en el caso de la adquisición de gananciales expuesto (para el que no han faltado críticas); en el de adquisiciones por menores o incapacitados representados por sus padres o tutores, supuesto en el que se acude al mecanismo de la representación, ficción que, no obstante, sigue sin destruir un hecho claro: la inexistencia de voluntad hábil en el representado, y, por último, en las adquisiciones que, aun en contra de la

voluntad del adquirente, pueden en determinados casos conseguir la voluntad de sus acreedores.

Volviendo a recordar lo que antes reiteraba, la conclusión a lo que se lleva expresado se resume en lo siguiente: la donación conjunta de usufructo se perfecciona con la aceptación formulada por uno solo de los donatarios. Desde tal momento, el usufructo ha de considerarse constituido (aunque su extensión no esté definitivamente perfilada), y por ello la aplicación del artículo 521 será indudable.

En cuanto que cualquiera de los llamados acepta la donación, siempre que ello ocurra antes que el donante haya retirado su oferta, el lugar de los repudiantes o fallecidos (con anterioridad o posterioridad a aquella aceptación) será absorbido por el aceptante o por los que en el futuro acepten, y no por derecho de acrecer, sino porque así resulta de la aplicación del artículo 521 y de la interpretación del título constitutivo.

Siendo la vocación al todo del derecho (conjunta), la primera aceptación viene a convertir en irrevocable la oferta del donante al aceptarse justamente aquello que se ofreció, todo ello sin perjuicio naturalmente de lo previsto en los artículos 644 y siguientes del Código Civil, acerca de la revocación de donaciones y de la propia facultad que ha de reconocerse al donante para revocar libremente los llamamientos hechos a favor de los que aún no hayan aceptado.

El artículo 521 no viene así a convertirse en una excepción a los generales artículos 637 y 1.398, puesto que, como en otro lugar señalaba, tales normas no son de aplicación a los derechos ya constituidos, sino a los que se encuentran en vías de formación. Por otra parte, de la lectura de los dos preceptos de referencia resulta claro que aparecen dictados para derechos que no pueden ser conjuntamente disfrutados; por eso señalan que la donación «se entenderá por partes iguales» o «por mitad», presunciones no aplicables al usufructo, derecho en el que los preceptos legales, atendida su especial naturaleza, permiten, tal y como tendré ocasión de reiterar, su constitución como conjunto y su disfrute con igual carácter.

c) *Vocación a la comunidad en el usufructo por acto «inter vivos» de carácter oneroso*

Lo dicho a propósito de la comunidad en general resulta aquí de plena aplicación. Los negocios onerosos no ocasionan nunca una situación interina o de vocación que justifique examinar la existencia o no en ellos del derecho de acrecer.

B) COMUNIDAD DE USUFRUCTUARIOS EN FUNCIONES O YA CONSTITUIDA

El repaso de la doctrina patria nos muestra cómo late en ella la fija idea de que en la comunidad de usufructuarios, en el cusufructo, inevitablemente han de existir cuotas indivisas; que la comunidad en el usufructo viene a ser fatalmente encasillada en cuanto a su naturaleza en la romana o por cuotas.

Tal unificadora idea no se ajusta, desde luego, a las deducciones que pueden obtenerse a través de la lectura pausada del propio Código Civil, y ocasiona, al pretender aplicar a un supuesto reglas previstas para otro bien distinto, consecuencias realmente perturbadoras.

La comunidad de usufructuarios, según lo entiendo, puede quedar establecida adoptando una de estas dos posibles formas de diferente naturaleza y separados efectos: romana o por cuotas indivisas y solidaria o conjunta sin cuotas partes.

a) *Comunidad de usufructuarios por cuotas indivisas*

Que no hay derecho de acrecer en este tipo de comunidad es conclusión que con carácter amplio apuntaba en apartado anterior, a propósito de las comunidades en general; pero el inicial problema que debe tratar de resolverse es el de si en tal situación comunitaria tiene o no aplicación la regla del artículo 521 del Código Civil.

La generalidad de los autores que se ocupan del tema así parecen entenderlo (CASTÁN, BELTRÁN DE HEREDIA y GARCÍA BERNARDO) o, al menos, el carácter genérico de sus afirmaciones obligan a colegir que así lo hacen. Un civilista de la talla de CASTÁN (11) deja bien patente su defensa del derecho de acrecer (referencia al art. 521, que para él consagra tal derecho) en los cusufructos, sin discriminar su carácter conjunto o no, y la lectura de otro tan cualificado como BELTRÁN DE HEREDIA (12) ofrece iguales resultados.

Que tal solución no es correcta vienen a ponerlo de manifiesto la cantidad de absurdos e injustos resultados que ocasionaría su aplicación genérica. Cuando las cuotas en el cusufructo hayan sido adquiridas a virtud de diferentes títulos (unas por herencia, otras por donación o por compraventa, etc.) de distintos transmitentes e incluso en épocas bien diversas, sostener que las porciones vacantes son absorbidas por los cusufructuarios no puede por menos que calificarse de conclusión disparatada. Se me antoja ofrecer como caso que así lo revela el del propietario de una

(11) *Derecho civil español común y foral*, tomo II, vol. II, 10.^a ed.

(12) *Ob. cit.*, pág. 175.

mitad indivisa de finca que cede a un tercero el derecho de usufructo sobre dicha porción. ¿Podrá pretenderse que tal copropietario no consolide el pleno dominio hasta tanto se extinga el usufructo ya constituido o que se constituya en el futuro sobre la restante mitad perteneciente al otro comunero?

Pero es que, además, quienes siguen la tesis que cuestiono obtienen de ella consecuencias de todo punto llamativas. GARCÍA BERNARDO LANDETA (13) llega a señalar que la adquisición *ex lege*, que, a su juicio, consagra el artículo 521, operará, desde luego, no sólo en los casos de muerte o renuncia de alguno de los usufructuarios, sino igualmente en los de vencimiento del término fijado y en los de cumplimiento de la condición resolutoria, si la hubiese. Que el citado autor no está pensando, cuando sienta tales asertos, en los usufructos sucesivos, lo muestra el hecho de que, como él afirma, el precepto no se aplica a los usufructos citados (en contra, según se indicó, de lo declarado por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, a mi juicio, correctamente). Las consecuencias se extraen, pues, para aplicarlas al usufructo simultáneo, y así las cosas, no cabe, en mi opinión, una mayor distorsión del título constitutivo ni una mayor lesión a las lícitas expectativas de consolidación del nudo propietario (que podrá seguir siéndolo aun el constituyente del usufructo), lo que el mencionado autor defiende; porque la lógica obliga a entender que cuando una persona constituye un usufructo sobre un bien que le pertenece sujetando el derecho de alguno o algunos de los usufructuarios a término o condición resolutorios, implícita, pero claramente, manifiesta su voluntad de que una vez llegado aquel plazo o cumplida esta condición, el dominio de la porción vacante quede consolidado en él o en quien le suceda en la nuda propiedad.

Para salvar esta cadena de absurdos se aporta una última solución, que se pretende mágica: los efectos del artículo 521 (en el sentido de acrecimiento) se circunscriben a aquellos casos de usufructo en los que sea uno el título constitutivo, pero esta exigencia de unidad en la constitución es caprichosa y poco resuelve.

El artículo 392 del Código Civil, en su primer párrafo y con referencia a la comunidad romana o por cuotas, dice que ésta existe: «cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas». No se exige ni en este precepto ni en los posteriores el que los comuneros, para ser tales, hayan de adquirir en un mismo momento, de un mismo titular y con idénticas condiciones. Tan condóminos son los que adquieren hoy su cuota como los que la adquieren después, los que

(13) *Revista de Derecho Notarial*, núm. 55, pág. 106.

acceden a ella por herencia o legado o por acto *inter vivos*, los que la reciben libre de toda condición o sujeta a determinados condicionamientos.

De otro lado, la exigencia de la unidad en el título de adquisición, si supera alguno de los absurdos que denunciaba, no evita que se produzcan otros. Así, tal requisito motivaría la inclusión en el ámbito de acción del artículo 521 de la donación hecha por un padre a unos hijos en determinada escritura, excluyéndose la hecha en escrituras diferentes, aunque de éstas resulte un deseo de unidad de acto, unidad que quizá no haya podido conseguirse (en su aspecto formal y temporal) debido a dificultades tal vez exclusivamente de índole física, como la imposibilidad de reunir en un mismo momento a todos los donatarios. Que la unidad en el título adquisitivo nada resuelve, se muestra igualmente en el caso del cusufructo por cuotas al que varias personas acceden a virtud de negocio oneroso. La aplicación, en estos casos, del artículo 521 va a ocasionar un resultado injusto. En efecto, la contraprestación satisfecha por cada adquirente en el caso expuesto, se refiere, naturalmente, al valor en adquisición de la cuota que respectivamente adquiere y nada más; no se encuentra comprendido en el precio de venta (cuando de un negocio de este tipo se trata) la expectativa de acrecimiento futuro. Siendo así, llegado el caso de acrecer (o de adquirir *ex lege*, según la tesis que se acepte), se producirá siempre un enriquecimiento sin causa, que será injusto por causar perjuicio a una señalada persona: el nudo o nudos propietarios.

La comunidad por cuotas indivisas en el derecho de usufructo no viabiliza, pues, la aplicación del tantas veces citado artículo 521 (ya se entienda éste como acrecimiento o como adquisición *ex lege* o ya se comparta la tesis que yo defiendo). Certestamente señala ROCA SASTRE (14) que aquel precepto requiere para ser aplicado «que el usufructo sea asignado a varios *sensu composito* y no *sensu diviso*».

A esta conclusión puede y debe llegarse no sólo por la vía negativa que supone la crítica de las tesis contrarias, según he realizado hasta ahora, sino por la más adecuada de los argumentos, y en tal sentido hay uno, a mi juicio trascendental, que viene a corroborarla: la dicción del propio artículo 521. En él, y según tengo apuntado con anterioridad, se habla del «usufructo constituido», y a este singular que emplea hay que darle más relevancia de la que suele otorgársele. No tratándose de un usufructo, sino de varios, el precepto no será aplicable, y ¿es éste el caso que nos ocupa?

Resulta poco menos que imposible obtener en el plano teórico cum-

(14) *Estudios*, II, pág. 252.

plida respuesta a esa interrogante, dado que la doctrina no ha llegado a alcanzar un acuerdo sobre el punto de si en la comunidad romana el derecho es único, descompuesto o dividido. El examen de las complicadas construcciones de los autores a nada práctico conduciría, salvo que sin más me acogiese a aquella tesis que mejor convenga a lo que pretendo demostrar, lo que por mi parte no sería ni honesto ni razonable.

Por todo ello, propongo ofrecer al lector una respuesta de índole práctica, sujetando a su examen esta a modo de adivinanza: ¿es lo mismo el usufructo de parte indivisa de una finca que una parte indivisa del usufructo de una finca?

A primera vista se pensará que huelga hacer esta pregunta por obvia, pero no es así. El estudio en profundidad de los derechos reales limitativos ocasiona en la mente del intérprete y del estudioso un corriente desenfoque, explicable, pero no por ello menos peligroso. Conforme se adentra el investigador en el estudio del derecho real en cosa ajena, la importancia de éste va creciendo en tal medida que se olvida o arrinconamos una característica que le es esencial: la idea de la ajeneidad de la cosa sobre la que el derecho recae y cuyo dominio limita.

En el usufructo constituido por el titular de la finca a favor de varias personas con asignación de cuotas indivisas se suele entender que existe un solo derecho; y, sin embargo, tal posición ya no se defiende en los casos en que perteneciendo la finca en proindiviso a varios titulares, cada uno de ellos constituya sobre su respectiva cuota un derecho de usufructo a favor de diferentes usufructuarios (que incluso pueden ser varios para cada cuota y acceder al usufructo a través de diversas formas adquisitivas). Y bien: ¿acaso uno y otro son supuestos tan diferentes que justifiquen tan distinto criterio?

Entiendo que tal discriminación no tiene base que la justifique; que toda comunidad romana puede ser descompuesta (si no desde el punto de vista teórico, sí del práctico) en tantos derechos autónomos como cuotas sean las que existan. Sólo así se explica la negociación independiente de las cuotas y la disposición contenida en el artículo 490 del Código Civil.

1.º Las respectivas cuotas pueden ser, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, transmitidas con absoluta independencia y sin que reste un ápice de autonomía a tal facultad el posible ejercicio por los demás comuneros del derecho de retracto. En efecto, el retracto no se basa jamás en la pretendida unidad del derecho; buena prueba de ello es que su causa está en una enajenación separada; que se concede a colindantes y arrendatarios (no vinculados con el enajenante a virtud de derecho único); y que tiene marcado un plazo más o menos breve de caducidad en su ejercicio el cual se compaginaría mal con aquel vigoroso fundamento. La razón de

ser del derecho de retracto legal no es otra que la situación fáctica de interés en la que el retrayente se encuentra respecto de la cosa. En el de comuneros lo será el hecho de posesión compartida y el interés de que no accedan a ella personas extrañas; en el de colindantes, la propia colindancia y el interés de ensanchar la propiedad, evitando la creación de parcelas antieconómicas; y en el arrendaticio, la ocupación de la finca en virtud de título legal y el natural interés de que esa tenencia lo sea algún día en concepto de dueño. Según sea de mayor o menor entidad dicho interés y situación de hecho así serán las categorías de transmisiones a las que va a afectar el derecho de retracto: restringidas en el de comuneros y colindantes (venta y dación en pago según el artículo 1.521 del Código Civil) y más amplias en el arrendaticio (enajenaciones onerosas; supuestos de cesación en la comunidad; e incluso, en algún caso especial, donaciones, como en cierto tipo de arrendamientos rústicos protegidos).

2.º Dice el artículo 490 del Código Civil que «el usufructuario de parte de una cosa poseída en común ejercerá todos los dedechos que correspondan al propietario de ella referentes a la administración y a la percepción de frutos e intereses. Si cesare la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se adjudicare al propietario o condueño».

Conforme a tal precepto, la pretendida unidad del derecho de cusufructo quedaría a merced de la voluntad exclusiva de los nudo propietarios; pues si éstos convienen en dividir la cosa común (para lo que nuestra jurisprudencia no exige el concurso de los usufructuarios: Resolución de 24 de diciembre de 1934 y Sentencia de 9 de febrero de 1970) y adjudicarse lotes en pago de sus derechos comunitarios, los usufructos vendrían a recaer, con separación, sobre los respectivos lotes o nuevas fincas, y entonces sería forzado en extremo seguir considerando el derecho de usufructo como único.

Si en el usufructo por cuotas, como he intentado demostrar, no hay un único derecho, sino tantos como sean aquéllas, ya no podrá pretenderse la aplicación del efecto del artículo 521 al faltar precisamente aquel «singular» que el precepto exigía. Esta tesis negativa que defiende es válida tanto:

- para el usufructo adquirido por cuotas indivisas en virtud de negocio *inter vivos*;
- como para el cusufructo instituido por el testador en forma conjunta, si los llamados a él han realizado ya la partición y se lo han adjudicado por cuotas indivisas o sobre bienes diferentes. La posibilidad de esta alteración no ofrece duda; y no podrá opo-

ner el Registrador a ella reparo alguno, porque los adjudicatarios son soberanos con los herederos y albaceas o contadores, en la interpretación de la voluntad del testador, siempre que con ello no tiendan a hacer ineficaz aquella voluntad. Pues bien, producida en tal modo la adjudicación, ya no podrá sostenerse la necesaria conjunción entre usufructuarios que es presupuesto para aplicar el artículo 521 del Código Civil.

Así lo entendió la Sentencia de 12 de junio de 1971, en la que dos hijos llamados por el testador al usufructo se adjudicaron en la partición bienes determinados (en usufructo) para pago de sus derechos. La pretensión que uno de ellos adujo al fallecimiento del otro, en el sentido de que el usufructo del fallecido acrecentaba el suyo propio, no prosperó en ninguna de las instancias.

Ante la posibilidad de esta alteración, así como ante las consecuencias que comporta, se hace conveniente en extremo que el funcionario autorizante del documento particional (cuando no se limite a protocolizar un cuaderno previamente elaborado), aun a riesgo de incurrir en inoficiosidad, instruya convenientemente a los interesados acerca del alcance y trascendencia que supone el adoptar una u otra forma de adjudicación (conjunta o en proindiviso).

Todo lo que se lleva expuesto resulta plenamente aplicable al caso de fallecimiento de alguno o algunos de los cusufructuarios por cuotas; pero ¿ocurre igual en el supuesto de renuncia?

En el apartado relativo a la comunidad romana en general recogía cómo la Resolución de 2 de febrero de 1960 admitió el acrecimiento en los casos de renuncia al condominio hecha por alguno de los comuneros; conclusión concordante con el artículo 395 del Código Civil. A mi juicio, hay razones que impiden aplicar aquella resolución y este precepto a la comunidad por cuotas recayente sobre el derecho de usufructo. Ante todo, no puede perderse de vista que una y otro se refieren con exclusividad a la situación comunitaria relativa al derecho de dominio («que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio», dice el precepto); y el derecho de usufructo presenta características muy marcadas que lo separan netamente del de dominio. Bastará destacar las siguientes:

- El usufructo se extingue, entre otras causas, «por la renuncia del usufructuario» (art. 513 del Código Civil). Dicha renuncia extingue el derecho en sí y el objeto del mismo, que no es otro que el disfrute y goce separado y autónomo de la cosa, y no la cosa en sí misma (goce y disfrute pasan al nudo propietario, pero ya no como integradores de un derecho independiente, sino como facultades

cuyo ejercicio dimana de un derecho unitario: el de propiedad). La renuncia al dominio, por el contrario, aunque pudiera pensarse que extingue el derecho en sí, jamás hará desaparecer el objeto de aquel derecho, que, al estar integrado por la misma cosa, existió antes de la renuncia y sigue existiendo con posterioridad a ella.

- En segundo lugar, la extinción por renuncia del derecho de usufructo, como la ocurrida por las restantes causas, tiene marcado un destino, a diferencia de lo que para el dominio ocurre en el que se acude a la vía residual de atribución al Estado o al primer ocupante, y ese destino no es otro que el propio de todo derecho real limitativo: la refundición en el derecho real pleno, es decir, en nuestro caso, la consolidación con la nuda propiedad. Que esta natural y deseada trayectoria (deducida incluso de la misma voluntad de las partes) se vea truncada a virtud no de una disposición legal que así lo establezca de modo indubitado, sino de una interpretación surgida por la vía analógica, es con toda certeza incorrecto; máxime cuando, como tengo señalado, tal analogía no existe, al menos con carácter sustantivo (15), y sí sólo desde una perspectiva estrictamente formal: el simple hecho comunitario, que es el que se examina en ambos casos, y que, como ya he tenido ocasión de exponer, no justifica por sí solo la actuación del derecho de acrecer.

Ante una clara lesión (la del nudo propietario) y otra supuesta o pretendida (la de los cusufructuarios privados del acrecimiento) el derecho habrá de optar siempre por aquellas tesis que eviten la primera. La cuota del usufructuario repudiante debe refundirse en la nuda propiedad, sin que pueda ser absorbida por los demás cusufructuarios.

b) *El usufructo de carácter conjunto: usufructo simultáneo*

Dice el artículo 469 del Código Civil que «podrá constituirse el usufructo... a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente...».

En línea con las tesis acogidas por la inmensa mayoría de nuestra doctrina, Luis MARTÍNEZ CALCERRADA (16) señala cómo «no es preciso razonar que en este cusufructo (refiriéndose al simultáneo) el elemento comunitario es acusadísimo, y, como tal, comprende la figura dentro de la comunidad romana o por cuotas, con subsunción en lo atinente con las normas del Código Civil, artículos 392 y siguientes...». Que esta afir-

(15) No rigen para el usufructo las notas y caracteres que para el dominio motivaron la solución del acrecentamiento.

(16) «Usufructo *ex testamentis*», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 60, abril-junio 1968, pág. 331.

mación no arranca de un firme convencimiento y que no resulta fácil defenderla en toda la magnitud de sus consecuencias lo prueba el hecho de que el mismo autor citado hace posteriormente numerosas alusiones que así lo revelan. De tal modo, cuando se refiere a la «indivisibilidad del cusufructo» (17), al «aprovechamiento conjunto» (18) o a la existencia de «una vocación única y solidaria» (19), no guarda ya la debida congruencia con la naturaleza romana que atribuye al cusufructo.

El precepto del artículo 469 no consagra, a mi juicio, una comunidad por cuotas; en primer lugar, porque tal extremo resultaría imposible de construir en el caso de los usufructos sucesivos, a los que la norma indudablemente también comprende; y, en segundo término, porque, de entenderlo así, habría que estimar que el artículo, por reiterativo, está perfectamente de sobra. Si los artículos 392 y siguientes del Código Civil tratan suficientemente y con carácter general de la comunidad por cuotas, resulta de todo punto innecesario que la posibilidad comunitaria que recogen haya de ser posteriormente reiterada en todos y cada uno de los derechos e instituciones reguladas.

El artículo en cuestión pretende señalar, según entiendo, la viabilidad de construir un usufructo con el carácter de conjunto. El singular («usufructo») que la norma emplea es al respecto bastante significativo.

La posibilidad de derechos atribuidos en forma conjunta sorprende un tanto a nuestra doctrina, acostumbrada, porque así es la norma general en nuestro ordenamiento jurídico, a que las cotitularidades en los bienes y derechos sean asignadas por cuotas indivisas. Pero la sorpresa no justifica en ningún caso que aquella posibilidad sea negada sistemáticamente. Que hay excepciones a la regla general de la comunidad romana, que existen derechos en cuya cotitularidad puede apreciarse la solidaridad o conjunción, aparece como indudable, y bastará señalar como botón de muestra algunos de los supuestos en que así se pone de manifiesto; tal ocurre en:

- Los excepcionales tipos de comunidad germánica que nuestra legislación especial configura: así, los montes del común de los vecinos a los que con anterioridad ya se ha hecho referencia.
- Los bienes gananciales, sobre cuya cotitularidad conjunta, por conocida, estimo innecesario insistir.
- Las servidumbres personales, para las que el artículo 531 del Código Civil determina que pueden establecerse «en provecho de una o más personas, o de una comunidad», excepción en la que

(17) *Ob. cit.*, pág. 340.

(18) *Ob. cit.*, pág. 337.

(19) *Ob. cit.*, pág. 347.

están comprendidas no sólo las comunidades jurídicas, sino las meramente sociales (así, la familia, los vecinos de determinado lugar, los colindantes al predio gravado, etc...). Naturalmente que en estos casos de cotitularidad no será necesario el expresar cuotas indivisas, porque ni ello lo permitiría la naturaleza del derecho (las servidumbres son indivisibles), ni, en la inmensa mayoría de los supuestos, el propio goce concedido (ocupar un palco, balcón o ventana; verter escombros; o proceder al tendido de una conducción eléctrica, por citar algunos).

- En último término cabe citar el derecho de habitación, cuyas afinidades con el de usufructo son bien notorias. Según el artículo 524 del Código Civil, aquel derecho recae sobre «las piezas necesarias» que, de una casa ajena, basten para el habitacionista «y para las personas de su familia». La conjunción y la imposibilidad de fijar cuotas no puede ser aquí más evidente.

El acceso al Registro de la Propiedad de este usufructo conjunto que definiendo parece, en principio, encontrar un serio obstáculo en el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual: «Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.»

Ni tal precepto ha sido invocado con la frecuencia que pudiera presumirse (basta asomarse a los libros de inscripciones del Registro de la Propiedad para comprobar cómo figuran en ellos numerosos cousufructos simultáneos sin cuotas) ni el reparo que con su dicción pueda fundamentarse ha de entenderse definitivo.

El artículo, en efecto, habla de inscripciones de «partes indivisas», y con ello pone de relieve la limitación de su ámbito, que habrá de quedar ceñido a los supuestos de comunidad romana y a los de adquisición de parte indivisa de un derecho, aunque no exista comunidad (ocurrirá así en el caso en que el dueño de una finca ceda a otro el usufructo de una mitad indivisa de la misma, reteniendo la nuda propiedad de dicha mitad y el pleno dominio de la restante porción).

La aplicación del precepto de referencia no podrá pretenderse:

- Ni en los casos de derechos conjuntos (los citados de montes vecinales, gananciales, etc...).
- Ni en los supuestos en los que el derecho adquirido recaiga sobre parte singular de la cosa inscrita, siempre que la naturaleza especial de tal parte haga imposible (o la ley fije su innecesidad) fijar una cuota matemática de proporcionalidad. En la constitución del

derecho de habitación parcial bastará precisar cuáles sean las piezas de la vivienda que han de quedar sujetas a tal derecho, sin que tenga que señalarse la fracción indivisa que respecto a la casa total representan las aludidas dependencias. En igual manera, en el usufructo de «parte de los frutos de la cosa», permitido por el artículo 469 del Código Civil, aunque tal parte pueda ser indivisa, nada impide que no lo sea (así, en el usufructo de «viñas, olivares u otros árboles y arbustos» que autoriza el artículo 483 del Código Civil) y, en tal caso, ni puede exigirse ni es posible determinar una cuota indivisa que revele la proporción matemática en que se encuentra el disfrute concedido respecto del total que la cosa es susceptible de producir.

En resumen, los usufructos simultáneos vienen a aparecer como figuras en las que se destacan estas tres notas que guardan una íntima conexión entre sí:

- existe una conjunción en el derecho;
- existe un solo derecho y no tantos como titulares;
- y no precisan de cuotas indivisas que especifiquen cuantitativamente la participación que a cada titular corresponde en el derecho.

Del examen de tales características se desprende que en los usufructos simultáneos conjuntos se dan, desde luego, los presupuestos de aplicación del artículo 521 del Código Civil, que habrá entonces que ser tenido siempre en cuenta.

No se agotan con lo expuesto los problemas que este tipo de usufructos plantea. Singularmente, se ofrecerán a la hora de su adquisición, de su transmisión y de su extinción.

1.º Adquisición de los usufructos simultáneos conjuntos.

Cualquier negocio traslativo, *inter vivos* o *mortis causa*, gratuito u oneroso, puede servir de instancia hábil para que surjan a la vida jurídica el tipo de usufructos que se examinan.

Pero si esto no suscita mayor cuestión, sí la ocasiona el precio o contraprestación que en la adquisición onerosa de los mismos hayan de satisfacer las personas a cuyo favor se constituyen. Me refiero, en concreto, a la distribución entre éstos de la aludida contraprestación.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA (20) destaca para el caso de cusufructo entre cónyuges las especialidades y las distintas consecuencias que genera la procedencia privativa o ganancial del precio.

(20) *Ob. cit.*, págs. 93 y 109.

Si se entiende, como en mi criterio es lo correcto, que tales usufructos tienen el carácter de conjuntos, esta naturaleza va a pugnar con la idea de la distribución del precio o contraprestación, y ello porque esto último destruiría la conjunción que se predica.

Los usufructos simultáneos conjuntos ofrecen una doble y diferente perspectiva: para los adquirentes su constitución tiene siempre un matiz aleatorio (la expectativa que cada usufructuario tiene de ensanchar su titularidad por falta de alguno de los demás); para el constituyente del usufructo no existe tal alea, porque lo transmite sujeto a un término fatal, aunque incierto (la muerte del último de los adquirentes que sobreviva) y fija un precio determinado en el que valora el derecho que transfiere. Que este precio sea distribuido entre los adquirentes en una u otra forma, habida cuenta de las especiales circunstancias personales (edad, salud, etcétera) concurrentes en cada uno de ellos, y que influirán decisivamente en la vida de su derecho, es una cuestión que escapa a la función calificadora del Registrador. Este habrá de limitarse a examinar si existe o no un precio cierto y, siendo así, poco importará quién sea el que materialmente realice su entrega al transferente; porque entre los adquirentes del derecho conjunto y aleatorio pueden convenirse multitud de pactos acerca de aquella distribución del precio (partes iguales; desiguales; pago por uno solo con futuras compensaciones por parte de los demás según las eventualidades que el derecho sufra, etc.). La extensión de las facultades calificadoras del Registrador a tales extremos supondría crear una casuística interminable y de soluciones poco seguras, así como indagar sobre la licitud o no de unos pactos carentes de alcance real. Cualesquiera que sean los convenios distributivos que internamente acuerden los interesados (aun cuando encubran donaciones ilícitas de dinero) no van a afectar a la existencia legal del derecho.

2.º Su transmisión.

La norma general aplicable a todo derecho conjunto, según la cual éste no puede ser válida y eficazmente transmitido si no es con el consentimiento unánime de todos los partícipes, tiene rigurosa vigencia en este tipo de usufructos.

Ningún usufructuario puede por sí solo transmitir su cuota (porque tal cuota no existe) ni subrogar a un tercero en su lugar.

La posibilidad de transmisión separada involucraría un evidente absurdo. Los efectos de tal transmisión quedarían resueltos «al fin del usufructo», como señala el artículo 480 del Código Civil, y tal fin no es la muerte del transferente, sino, como establece el artículo 521 del mismo Código, la del último de los usufructuarios que sobreviva. Los contratos celebrados aisladamente por un comunero vendrían así, injustamente, a vincular a los demás. Además, el citado artículo 480 exige que el usufruc-

uario negocie como «tal usufructuario», cualidad que, en los usufructos simultáneos conjuntos, no cabe atribuir separadamente a cada uno de los partícipes, sino al común de todos ellos.

3.º Su extinción.

Habrà que estar de acuerdo con ALVARO D'ORS y BONET CORREA (21) en que las causas de extinción de este tipo de usufructos son las que el artículo 513 del Código Civil previene para el usufructo en general; pero será preciso matizar que en todos aquellos casos en que la razón extintiva tenga su base en circunstancias puramente subjetivas (muerte y renuncia) no podrá perderse de vista el dato, ya apuntado, de que siendo «el usufructuario» todos los titulares, sólo cuando tales causas afecten al común de éstos podrá sostenerse el efecto extintivo. En tal sentido, y para el caso de muerte, se manifiesta el artículo 521 del Código Civil que ya conocemos.

Respecto a la renuncia, es claro que ninguno de los titulares puede, con independencia de los demás, formularla. Como el derecho de cada uno lo es al todo, la renuncia al mismo operaría con igual extensión, provocando, contra la lógica más elemental, la extinción total del derecho. Cabe, eso sí, que cada cotitular renuncie a su disfrute, y ello ocasionará la absorción del mismo por los demás. Esta última renuncia, como quiera que no tiene alcance extintivo real (no se renuncia a derecho real alguno y sí sólo a un disfrute indiscriminado), no puede, registralmente, ocasionar un especial asiento de cancelación, bastando, para reflejarla en el Registro, con que conste a través de una nota marginal de las modificativas del derecho inscrito.

COMUNIDAD DE USUFRUCTO ENTRE CONYUGES

Por su especial relevancia, y por la enorme frecuencia con que el supuesto opera en nuestro derecho común, voy a limitar el examen de los problemas que el cusufructo entre cónyuges ocasiona al caso en que el régimen económico matrimonial de éstos sea el de la sociedad legal de gananciales.

En tal régimen, marido y mujer pueden encontrarse en situación de comunidad respecto del derecho de usufructo en cualquiera de las siguientes formas:

A) USUFRUCTO POR CUOTAS INDIVISAS

Los cónyuges pueden ser cotitulares en proindiviso, por partes iguales o desiguales, de un derecho de usufructo. Si tal derecho fuera adqui-

(21) «La división del usufructo», *Anuario de Derecho Civil* de marzo de 1942.

ruido onerosamente durante el matrimonio, la atribución y correspondiente inscripción como privativa, parafernial o dotal requerirá que se justifique que el precio o contraprestación procede, en la proporción en que respectivamente se adquiriera, del patrimonio peculiar de cada cónyuge (artículos 1.407 del Código Civil y 95 del Reglamento Hipotecario).

Todas las consideraciones hechas a propósito de la comunidad romana en general, y de la de usufructo en particular, le serán de aplicación.

B) USUFRUCTO GANANCIAL

En este caso el derecho de usufructo se atribuirá e inscribirá a favor de ambos cónyuges «conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal» (art. 95, 1.ª, del Reglamento Hipotecario).

Esta situación se produce:

1.º Cuando el derecho se adquiriera, por un cónyuge o por ambos, a título oneroso y a costa del caudal común, o cuando no se acredite que el empleado en la adquisición sea privativo.

2.º Cuando en la enajenación de la nuda propiedad de unos bienes gananciales los cónyuges retengan el usufructo con tal carácter, o se reserven simplemente el usufructo sin otra precisión acerca de la naturaleza del derecho reservado.

3.º Y, por último, cuando en dicha enajenación no se formule reserva de tipo alguno.

Esta última posibilidad, así como las contingencias que ofrece el usufructo ganancial, son, a mi juicio, los cruciales problemas que han de examinarse detenidamente.

- a) *Cuestión acerca de si en las enajenaciones de nuda propiedad sin reserva explícita del derecho de usufructo ha de entenderse constituido tal derecho*

ROCA SASTRE (22) entiende que es perfectamente viable la actuación de referencia, y señala que es «suficiente que el dueño o transmitente transmita simplemente la nuda propiedad de la finca o derecho real inmobiliario para que se entienda retenido por él... (el) usufructo», aunque no quede expresada de forma explícita su existencia.

Conviene profundizar en mayor medida y buscar los fundamentos de tal conclusión, que desde luego comparto, porque adoptar una u otra postura tiene aquí consecuencias extraordinariamente relevantes.

(22) *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 554, 6.ª ed.

Enajenada la nuda propiedad, sin que el transmitente se reserve en forma explícita el usufructo, y abordándose por éste en un momento posterior la transmisión del derecho (usufructo) residuo de su anterior enajenación:

- o se entiende que hay entonces constitución del derecho de usufructo, que viene a surgir como un derecho nuevo;
- o que, por el contrario, lo que existe es una simple transmisión de un derecho ya constituido.

De seguir la primera solución, la de la no constitución automática, el nuevo usufructo quedará (siendo vitalicio), en cuanto a su duración, atenido exclusivamente a la vida del adquirente, sin que pueda afectarle la muerte anterior del transferente, que, según esta tesis, no llegó nunca a ser usufructuario.

Si adoptamos el segundo criterio, el de la constitución previa y automática del usufructo, su duración será regulada por la vida del transmitente (a quien se considera verdadero usufructuario), si fue vitalicio; y, sin perjuicio de considerar extinguido igualmente el usufructo si el adquirente fallece con anterioridad a aquél, dada la imposibilidad, en este caso, de hacer volver el derecho de usufructo a la persona que lo enajenó (extremo que no pudo entrar ni tan siquiera en la representación mental del transferente, habida cuenta de que todo el que transmite un derecho lo da definitivamente por salido de su patrimonio, salvo que, a través de pactos como el de retroventa, resolutorio o reversional, realice las previsiones oportunas para su futura recuperación).

Sólo si se acepta la discutida opinión de que el usufructuario no puede disponer de su derecho y sí sólo de la facultad que le corresponde en orden al percibo de los frutos de la cosa, podría ser atacado el efecto extintivo que defiende. Pero la tesis de la simple transmisión del derecho a los frutos no puede ser, al menos desde el punto de vista hipotecario, compartida. Si la facultad de simple disfrute no integra un verdadero derecho real inmobiliario, si lo que se transmite no es el propio derecho real de usufructo, no puede entenderse cómo el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria incurre en la ignorancia de permitir que se inscriban «... Segundo. Los títulos en que se... *transmitan*... derechos de usufructo...».

El usufructuario, que tiene civilmente, desde luego, facultad para otorgar una transmisión restringida al derecho a percibir los frutos (no inscribible por no ser derecho real), también la tiene para enajenar el propio derecho de usufructo y es justamente en este último caso cuando deben ser mantenidas las conclusiones que acabo de reseñar.

La tesis que se opone a la constitución automática del derecho de

usufructo, en los casos de enajenación de nuda propiedad sin reserva, tiene a su favor los siguientes argumentos:

1.º El posible perjuicio que la tesis contraria podría causar al adquirente futuro del usufructo.

2.º La igualmente posible lesión que con aquella tesis se ocasionaría al propietario transferente de la nuda propiedad.

3.º La dicción del artículo 468 del Código Civil.

4.º La mecánica registral; y

5.º Las leyes fiscales y el criterio de las Oficinas Liquidadoras del Impuesto de Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados.

De todos ellos paso a ocuparme:

1.º En primer lugar, se dice que la teoría de la constitución automática puede comportar una evidente lesión para el futuro adquirente del derecho de usufructo. Se trae, para ello, a colación el caso en el que el propietario de una finca, deseando transmitir a una persona el usufructo y a otra distinta la nuda propiedad, acude a otorgar el correspondiente instrumento público por el que enajenará aquellos dos derechos. Por imposibilidad material del adquirente del usufructo, y para evitar dilaciones que podrían perjudicar al de la nuda propiedad, se otorga la escritura sólo a favor de este último, sin declaración alguna de reserva de usufructo; y en fecha posterior, desaparecida la imposibilidad del adquirente de éste, es otorgado el correspondiente documento público por el que se transmite el usufructo.

Si se entiende que al enajenarse la nuda propiedad ya quedó constituido el usufructo, se pueden violar con ello: los legítimos derechos de su adquirente (que presumió siempre que adquiriría un derecho sujeto a la duración de su vida y no a la del transmitente); y la propia finalidad del negocio pretendido, tal y como éste fue configurado por la voluntad interna de las partes.

Aunque el caso planteado, es indudable que no constituye la regla general, sino, antes al contrario, puede calificarse como supuesto de excepción, conviene que se señale una adecuada respuesta a los problemas que plantea y dejar bien sentado que no constituye argumento definitivo a favor de la tesis que se defiende, en base a las siguientes atendibles razones:

Primera. El perjuicio que se pretende no es real, sino sólo posible, pues dependerá en todo caso del hecho aleatorio de que el adquirente sobreviva al transmitente. No ocurriendo así, no es posible el perjuicio.

Segunda. Aplicar la tesis de la no existencia del usufructo hasta su constitución expresa comporta derivaciones que lesionan las expecta-

tivas consolidatorias del nudo propietario. Si, como señalaba, el supuesto planteado es extraordinario, ante los casos normales (23) tendremos cómo el nudo propietario que esperaba consolidar el pleno dominio al fallecimiento de su transferente se verá compelido a trasladar su expectativa de consolidación al momento en que fallezca la persona que adquirió de aquél el usufructo. La injusticia de tal alteración se pone de manifiesto cuando se comprueba que el nudo propietario, al adquirir su derecho, si lo fue con carácter oneroso, pagó un precio que fue indudablemente fijado en atención a la edad de su transferente, por entender que éste quedaba como usufructuario.

De otro lado, no se olvide que el enajenante, de seguirse la tesis no constitutiva, podría, a su arbitrio, retrasar la constitución del usufructo o establecerlo en favor de un colectivo más o menos numeroso de personas, con lo que se dejaría siempre a merced de aquél el valor atribuible en cada caso al derecho de nuda propiedad.

Tercera. El nudo propietario que ha sido primero en su adquisición ha de ser mejor en el derecho, principio sustantivo e hipotecario que, con todos los ajustes que se quiera, ha de ser tenido siempre presente.

A todos estos razonamientos habrá que añadir que el posible perjuicio que para el usufructuario se alega en el referido caso de excepción puede ser evitado por cualquiera de los siguientes medios:

- recabando el concurso del nudo propietario en la escritura posterior de transmisión del usufructo al solo efecto de que resulte vinculado en cuanto a la nueva duración del mismo;
- haciéndose constar por el transferente de la nuda propiedad (conocedor de que tenía estipulada la adquisición del usufructo con otra persona) en el documento de enajenación de la misma que el usufructo se constituirá en el futuro a favor de don N. y subsistirá mientras éste viva, o bien reservándose el mismo transferente el usufructo con la prevención de que no se extinguirá sino hasta el fallecimiento de don N. En este punto sería aconsejable, aunque nunca obligado, que el Notario advirtiese a los interesados acerca de estas incidencias, asesorándolos convenientemente;
- por último, la presumible lesión podría igualmente salvarse con el simple hecho de alterar el orden de presentación de las escrituras en el Registro de la Propiedad (primero la de usufructo y con posterioridad la de nuda propiedad). En tal caso, el Registrador procedería a despacharlas por el orden de su presentación, salvo, claro está, que el transferente del usufructo declare en la escri-
tu-

(23) En los que la reserva explícita bien pudiera no haberse reflejado a virtud de una simple omisión en la redacción del documento.

ra en que tal derecho se constituya que le pertenece como residuo de una transmisión anterior de nuda propiedad. En este supuesto, el Registrador, porque así se desprende de la voluntad de las partes y porque lo autoriza a ello el principio de tracto sucesivo, al examinar la escritura de usufructo, exigiría la de nuda propiedad y, por ser compatible con aquélla y reanudadora del tracto que a la misma le falta, procedería a su despacho previo. Nuevamente se hace conveniente en sumo grado que el Notariado extreme su probada diligencia en la redacción de este tipo de documentos.

2.º Se argumenta que la tesis de la constitución automática del usufructo causa al propietario transferente de la nuda propiedad un manifiesto perjuicio, al privarle de un valor que le pertenece: el que obtendrá en la constitución futura del derecho de usufructo. Tratándose de un transmitente de avanzada edad, no se escapa que su oferta de transmisión de usufructo se vería extraordinariamente mermada, cuando no totalmente imposibilitada, si el presunto adquirente del mismo conociese que el derecho que recibe va a desaparecer con la muerte, presumiblemente no muy lejana, de aquél.

Todo ello, pese a su apariencia de justeza, tiene una base errónea que debe ser denunciada. El perjuicio que se invoca tiene como presupuesto que le da razón de ser una idea prejuzgada y meramente subjetiva: la creencia en el propietario enajenante de la nuda propiedad de que no ha surgido para él derecho de usufructo alguno, y que, por consiguiente, podrá constituirlo en el futuro. Una vez que el artificio de esta construcción queda al descubierto va a ofrecerse como extremadamente endeble: no bastan las creencias ni las ideas subjetivas de que se es titular de un valor; es preciso que dicho valor sea reconocido y atribuido por el derecho. La suposición de que se es titular de una facultad jurídica no sólo no hace surgir ésta, sino que puede dar lugar a que el que así supone incurra en una conducta ilícita: la usurpación.

Volvamos ahora todo lo dicho por pasiva y supongamos que al transmitente de la nuda propiedad le consta que en él ha surgido desde luego la condición de usufructuario (opinión igualmente subjetiva, pero ajustada a derecho, y por ello eficaz, como estoy tratando de demostrar); en tal caso, si con posterioridad se le permitiese constituir *ex novo* un derecho de usufructo, la obtención por su parte de un enriquecimiento injusto sería manifiesta.

3.º La base legal de la tesis que niega la constitución automática del derecho de usufructo está asentada en los términos del artículo 468 del Código Civil, conforme al cual «el usufructo... se constituye... por la voluntad de los particulares *manifestada...*», y se razona que, en el

caso de referencia (enajenación sin reserva explícita), tal manifestación de voluntad brilla por su ausencia.

Tampoco supone la dicción de este precepto un argumento que pueda ser considerado como definitivo. Las manifestaciones de voluntad pueden ser expresas y tácitas. En el caso que se examina, el enajenante de la nuda propiedad, al emplear precisamente esa expresión «nuda propiedad», declara tácitamente su voluntad de conservar el derecho de usufructo, porque en nuestro derecho positivo la nuda propiedad, en su existencia, va siempre ligada al correlativo derecho de usufructo y a ningún otro más. No siendo el deseo del transferente reservarse el usufructo, bastará con deferir al adquirente el pleno dominio de los bienes sujetando su adquisición a un término suspensivo.

4.º La mecánica registral parece dar la razón a los defensores de la tesis no constitutiva.

Enajenada la nuda propiedad sin reserva alguna del derecho de usufructo, el Registro publicará lo siguiente:

- el derecho de dominio del transferente, alterado en lo oportuno por el de nuda propiedad;
- y el asiento en el que conste la adquisición de esta última.

Por ningún lugar aparece inscrito el usufructo.

Este pretendido argumento, meramente formalista, no tiene la entidad precisa para hacerlo prevalecer.

En primer lugar, porque olvida que todos los asientos vigentes del historial jurídico de una finca en el Registro han de ser interpretados coordinadamente. La alteración que el asiento de nuda propiedad introduce en el de dominio evidentemente no va a ser otra que la de convertir a éste en una inscripción que publica un derecho de usufructo; y no puede ser de otro modo, porque, de no ser así, el Registro vendría a publicar una simple reunión de facultades que no aparecen ni siquiera a grandes rasgos perfiladas (en contra del principio de publicidad) y que no podría decirse siquiera que constituyesen derecho real inmobiliario alguno (en contra del propio objeto del Registro de la Propiedad).

En segundo término, porque esta falta de publicidad específica del derecho residuo es propia no sólo del caso que nos ocupa, sino, en general, de todo usufructo constituido por vía de retención aun con la reserva expresa del mismo. En el caso de reserva explícita, tal circunstancia será reflejada en el cuerpo de la inscripción de nuda propiedad, pero sin que en el acta figure, de ordinario, un especial «inscribo» o «inscribe» que constate solemnemente el derecho reservado. La economía registral justificará, en todo caso, sobradamente esta omisión de solemnidad; por-

que, al existir un previo asiento de dominio, de su interpretación coordinada con el de nuda propiedad, va a aparecer con toda la claridad precisa el derecho que se pretende publicar. Además que podría pensarse que los derechos simplemente retenidos, al no ocasionar tal forma de actuar un verdadero modo de adquirir, no deben ser objeto de un asiento autónomo (24). El verdadero modo de adquirir, en el caso de retención, será el título que haya servido de antecedente a la misma; es decir, el que consta en el asiento de dominio, de tal forma que el derecho reservado sufrirá las mismas vicisitudes por las que pase tal título.

5.º El último de los razonamientos que puede justificar la doctrina de la no constitución automática radica en las disposiciones fiscales.

El artículo 54, 2, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados, de 6 de abril de 1967, menciona expresamente como acto sujeto la «constitución de derechos reales».

Dado que, en los supuestos de enajenación de nuda propiedad sin reserva alguna del derecho de usufructo, las Oficinas liquidadoras se abstienen de girar liquidación a la constitución actual del citado derecho, habrá de suponerse que no existe tal constitución.

La falta de solidez de esta argumentación es algo que se pone de relieve:

Primero. Porque cuando el mencionado precepto fiscal habla de «constitución», se alude con ello a aquella que da lugar a un desplazamiento patrimonial, habida cuenta de que el Impuesto es de Transmisiones, bien actuales, bien lejanas en el tiempo (actas de notoriedad, expedientes de dominio, reconocimientos, etc...), pero, al fin y al cabo, verdaderas transmisiones. Precisamente por esto, el artículo 76 del citado Texto Refundido se ha encargado de matizar que la liquidación a cargo del usufructuario se girará «al adquirirse» (no al retenerse) el derecho de usufructo y conforme a la naturaleza del título de adquisición. Ni en el caso que se contempla ni aun en el de reserva explícita puede hablarse de verdadero título adquisitivo, al menos actual; y por ello en ambos supuestos (sin reserva o con ella) las Oficinas Liquidadoras del Impuesto, con buen criterio a mi juicio, no practican liquidación alguna por la adquisición del usufructo.

Segundo. Porque se olvida que por imperativo de los artículos 70, 10.º, y 76, 2.º, del Texto Refundido, aun en los casos de no producirse una reserva expresa del derecho de usufructo (y, desde luego, en los que ésta exista) se procede a girar una liquidación caucional o provisional

(24) De ahí las grandes dudas que suscita la inmatriculación del usufructo retenido cuando ello se pretenda hacer en unión de la nuda propiedad transferida.

que asegurará la que en su día haya de satisfacerse por la extinción del mismo usufructo; y tal liquidación provisoria se practica teniendo en cuenta la edad actual del usufructuario enajenante de la nuda propiedad, y con arreglo a los criterios de valoración y tipos de gravamen en curso, debiendo ser rectificadas estos dos últimos datos (no así el primero) en el momento de la extinción del usufructo, en orden a ajustarlos a los valores y tipos que entonces rijan. Esta liquidación provisional motivará en el Registro de la Propiedad la extensión de la correspondiente nota marginal de afección (art. 15, 3, del Texto Refundido). El nudo propietario queda obligado a justificar cada cuatro o nueve años, según los casos, ante la Oficina liquidadora, la existencia del usufructuario.

A efectos fiscales, no cabe duda que el usufructo ha quedado constituido.

De lo que se lleva consignado resulta que ni son fatales ni decisivos los argumentos que pueden invocarse en pro de la tesis no constitutiva; antes al contrario, del detenido examen de tales razonamientos se obtienen notas favorables a la teoría de la constitución automática, tales como: la indeterminación que aquella primera tesis ocasiona en las facultades residuales; el perjuicio que para el nudo propietario supondría su adopción; la idea de la reserva por voluntad tácita; el argumento fiscal constitutivo; o la publicidad del Registro de la Propiedad.

A todas las expresadas alegaciones, sobre las que no insistiré, remitiéndome a lo ya escrito, puede añadirse una última: el prácticamente insoluble problema que, de seguir la tesis no constitutiva, plantearía el fallecimiento del titular o alguno de los cotitulares de las facultades residuales. Entendiendo que tal residuo constituye un verdadero derecho de usufructo, la cuestión queda zanjada con la clara opción de consolidación de aquél en la propiedad o su absorción por los demás usufructuarios, según proceda. Negándole esa cualidad, jamás podrá darse una opinión segura sobre el destino de las dichas facultades residuales.

En consecuencia, enajenada la nuda propiedad sin reserva alguna del derecho de usufructo, tal derecho quedará no obstante constituido en favor del enajenante de aquélla. El Registro de la Propiedad publicará esta situación en virtud de la interpretación coordinada de los asientos de dominio y nuda propiedad. Sería, a mi entender, una oficiosidad que se hiciese constar el derecho de usufructo bien en el cuerpo de la inscripción de la nuda propiedad, bien en nota al margen de la de dominio; pero esta actuación poco recomendable jamás daría lugar a responsabilidad. Lo que, desde luego, resulta irreprochable es que por nota de simple auxilio de oficina, puesta al margen del asiento de dominio, se haga indicación de la nuda propiedad transmitida, con referencia al asiento donde figure inscrita.

Concluido el examen de esta cuestión, paso a ocuparme del otro punto que destacaba, y que es relativo a los

b) *Efectos del usufructo ganancial*

Su disposición no ofrecerá duda en cuanto a la necesidad de ajustarse a las normas previstas en general para los bienes gananciales.

Su renuncia no es posible que sea hecha por uno solo de los cónyuges, por cuanto ello pugna con la naturaleza de todo derecho conjunto y con la de todo bien ganancial. Ambos cónyuges podrán, con sujeción a lo dispuesto para la enajenación de bienes de la sociedad ganancial, formular eficazmente aquella renuncia; que, por referirse a cosa o derecho concretos, no puede entenderse comprendida en la norma prohibitiva del artículo 1.394 del Código Civil (renuncia a la sociedad de gananciales). Se ha de sostener, pues, su validez, sin perjuicio del derecho que a los acreedores compete en el caso de haberse realizado aquélla en su fraude.

Queda, por último, determinar los efectos que la muerte del cónyuge surte para el usufructo ganancial. Para fijarlos será preciso tener presente el dato de que el mencionado usufructo consta inscrito a nombre de ambos cónyuges (conjuntamente y sin atribución de cuotas) y para la sociedad conyugal. Dar más importancia a uno u otro punto implica adoptar soluciones muy diferentes.

Atendiendo sólo al hecho de que el usufructo está inscrito «para la sociedad conyugal» podría llegarse a concluir que debe fenecer aquél cuando se extinga ésta. La conclusión obtenida resulta indefendible: porque supone conceder a la sociedad conyugal una personalidad jurídica independiente de la de los propios cónyuges, que el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros y del Notariado se han negado reiteradamente a otorgarle; y porque implica privar en absoluto de efectos al otro dato que señalaba: el de que la inscripción se practica con carácter conjunto a nombre de ambos esposos.

Cabe, en segundo término, intentar armonizar todos los aspectos que resultan de la forma en que el usufructo consta inscrito. Así lo pretenden RUIZ ARTACHO (25) y Eduardo MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (26), quienes, no obstante, incurren en la desproporción de atribuirle a la postre mayor virtualidad al dato del carácter ganancial del derecho de usufructo que al de su naturaleza conjunta. En palabras del primero de los citados autores, fallecido un cónyuge, el usufructo «no por ello pasa al cónyuge sobreviviente, sino que, al practicarse la liquidación de la sociedad conyu-

(25) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero 1952, núm. 284, pág. 5.

(26) *Revista de Derecho Notarial*, núms. 57 y 58, pág. 390.

gal, pertenecerá a la persona a quien se adjudique, bien sea dicho cónyuge supérstite u otro interesado».

De los términos con que aparece formulada esta tesis se infiere la posibilidad de que el usufructo ganancial pase, en todo o en parte, a integrar el caudal hereditario del cónyuge premuerto, transmitiéndose a sus herederos. Esta deducción es en nuestro derecho insostenible, por cuanto pugna con la naturaleza personal y generalmente vitalicia del usufructo, que se extingue por la muerte del usufructuario (art. 513 del Código Civil) y que no es transmisible *mortis causa*, como resaltó la Sentencia de 26 de abril de 1954.

Sentado esto, si el usufructo no puede transmitirse a los herederos del premuerto, ¿habrá de entenderse que queda extinguido en su parte y consolidado con la nuda propiedad? (27). Tampoco este entendimiento es correcto, a mi juicio, pues es contrario al artículo 521 del Código Civil, que, según se dijo en la Sentencia de 24 de abril de 1976, que en otro lugar he resumido, es norma aplicable en general a los usufructos conjuntos.

Por fortuna, las dos cuestiones planteadas: necesidad o no de liquidación de la sociedad conyugal respecto del usufructo, y posible extinción de éste en la parte correspondiente al premuerto, aparecen hoy claramente resueltas por la Dirección General de Registros y del Notariado en su Resolución de 10 de julio de 1975.

El planteado en tal resolución fue un supuesto en que, constando un usufructo inscrito como ganancial, se presentó al Registro la escritura en la que el usufructuario, ya viudo, y la nuda propietaria vendían a un tercero sus respectivos derechos.

El Registrador inscribió la nuda propiedad transmitida y suspendió el usufructo por entender que, siendo éste un bien ganancial, tenía que ser objeto de la correspondiente adjudicación previa la liquidación de la disuelta sociedad conyugal. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota calificadora.

El Centro directivo revocó el auto apelado y la nota del Registrador, expresando en el tercero de los considerandos de su fallo:

«Que no es necesaria la adjudicación del mencionado usufructo previa la disolución de la sociedad de gananciales... dado que al ser el usufructo un derecho temporal y generalmente vitalicio queda necesariamente extinguido a la muerte del usufructuario, y/o se produce la consolidación en la persona del nudo propietario, o bien, tal como ocurre aquí,

(27) CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA defienden esa extinción parcial y consolidación en *Apuntes del Derecho Inmobiliario y Registral*, Madrid, 1968, tomo II, página 20.

según se deduce del título constitutivo reflejado en los asientos registrales, y de acuerdo además con los artículos 521 y 987 del Código Civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho».

La Dirección general ha venido así a destacar, sobre el carácter ganancial del usufructo, su naturaleza conjunta (27 bis).

Civilmente, esta dispensa de liquidación y adjudicación respecto del derecho de usufructo no deja de ofrecer dudas por cuanto perjudica o puede perjudicar, en primer término, a los acreedores de la sociedad conyugal que ven sustraído del haber de la misma un derecho patrimonial que, en buena ley, debería de formar parte de aquel acervo; y, en segundo lugar, a los herederos forzosos del cónyuge premuerto que podrían resultar lesionados en sus legítimas.

En orden a superar estas consecuencias Juan COMÍN COMÍN (28) señala que lo procedente será incluir en la masa en liquidación no el usufructo mismo, sino su valor.

Pero esta imputación que se pretende:

1.º No armoniza con el carácter del usufructo, que, al ser conjunto, vendría a hacer imposible la determinación de la cuantía a imputar.

2.º No encaja con la idea de la adquisición del cónyuge sobreviviente, que no procede de una atribución que el otro le realiza, ni de la obtención de un especial lucro particular a costa del caudal común, sino que deriva, según teorías, de un fenómeno especial de acrecimiento; de una adquisición *ex lege*; o de la absorción que es propia a todo derecho conjunto.

3.º No tiene, por último, trascendencia registral alguna. Si el Registrador no puede exigir que, cuando el cónyuge viudo pretenda enajenar el usufructo ganancial, se le presente el documento en que conste la liquidación de la sociedad conyugal, mal puede comprobar si se ha imputado o no su valor en la referida liquidación. Si estas operaciones liquidatorias se presentasen con posterioridad al Registro y en ellas no se contuviese la meritada imputación, tampoco podría el funcionario calificador,

(27 bis) La subsistencia del usufructo, pese al fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, sólo podrá sostenerse cuando en el título constitutivo no se contenga nada contrario a ello, como ocurriría si el usufructo se constituyese sobre la vida de uno solo de los cónyuges o en la Escritura de adquisición de tal derecho compareciese exclusivamente uno solo de ellos y no existiesen datos reveladores de que se adquiere por la vida de los dos esposos (como sería la consignación de la edad de ambos). El fallecimiento de aquel sobre cuya vida aparezca expresa o tácitamente constituido el usufructo producirá su extinción total.

(28) *Revista de Derecho Notarial*, núms. 57 y 58, julio a diciembre 1967, página 335.

que en un alarde de celo profesional descubriese aquella omisión, oponer reparo alguno; porque, en cuanto a colación e imputaciones, los interesados son plenamente soberanos.

C) USUFRUCTO SIMULTÁNEO Y CONJUNTO ENTRE CÓNYUGES

Los cónyuges, en el régimen de la sociedad legal de gananciales, pueden ser titulares en forma simultánea y conjunta de un derecho de usufructo. La adquisición del mismo puede operarse a través de alguna de las siguientes vías:

- 1.^a Por herencia o legado.
- 2.^a Por donación.
- 3.^a Por adquisición onerosa.
- 4.^a Por reserva en la enajenación de bienes gananciales; y
- 5.^a Por igual reserva en la enajenación de bienes privativos.

Ningún problema concurre en las dos primeras. Las restantes ofrecen ya mayor dificultad, por lo que será conveniente que sean examinadas de forma separada.

a) *Adquisición del usufructo simultáneo por negocio oneroso o por reserva en la enajenación de la nuda propiedad de unos bienes gananciales*

La práctica nos enseña cómo la actuación de los cónyuges enajenantes de la nuda propiedad de unos bienes gananciales es de ordinario la de reservarse bien «el usufructo simultáneo y sucesivo sobre los mismos, de modo que al fallecimiento de uno recaiga íntegro en el sobreviviente»; o bien retenerlo el marido enajenante «para sí y para su esposa de forma que al morir uno pase íntegro al que sobreviva». Aunque menos frecuente, tampoco será insólito que unos cónyuges adquieran a título oneroso el derecho de usufructo, previniendo en la escritura cláusulas similares a las que quedan reseñadas (29).

En las aludidas estipulaciones para nada aparece el dato de que el usufructo vaya a ser adquirido con carácter ganancial, antes al contrario, tal posibilidad parece querer eludirse.

En general, se admite sin problema la validez de este tipo de usufructos, porque la aparente alteración que pretenden introducir en el régimen de los gananciales no es más que eso: aparente, sin que comporte modi-

(29) Un caso así fue el objeto de recurso en la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 9 de febrero de 1917.

ficación real alguna. Basta si no con examinar cuál es la voluntad de los interesados al estipular esas prevenciones y contrastarla con los efectos que el usufructo ganancial produce (30) para comprobar cómo entre la una y los otros se da la más absoluta identidad.

A mi juicio, las cláusulas en cuestión no son sino residuo de épocas anteriores en las que se pensaba que el usufructo ganancial había de quedar sujeto a la liquidación de la sociedad conyugal y ser adjudicado en igual forma que los restantes bienes integrantes del haber común. Si esta sujeción a los efectos liquidatorios, que es precisamente lo que pretendía evitarse, no puede hoy ya ser predicada (31) parece absurdo que se sigan manteniendo las antiguas fórmulas. Resulta inexplicable que se dé un rodeo donde ya no existe obstáculo.

La estipulación en la que se expresa que el usufructo se adquiere o se reserva con el carácter simultáneo y sucesivo o sólo simultáneo, pero con prevención de acrecimiento para el sobreviviente, ni es congruente ni necesaria.

- Decir que el usufructo puede ser simultáneo y sucesivo a la vez para unas mismas personas (MARTÍNEZ SANTOJA) resulta una total incongruencia. Certeramente, apunta GARCÍA-BERNARDO LANDETA (32) su más absoluta incompatibilidad conceptual. Lo que es sucesivo no puede ser al mismo tiempo simultáneo.
- Que es inútil y sobrada la prevención de que el usufructo pase íntegro al cónyuge sobreviviente, una vez ocurrida la muerte del otro, lo revela el hecho de que tal efecto de absorción es propio de todo usufructo conjunto y, desde luego, del ganancial, como ya tengo anticipado.
- Y, por último, que la voluntad de las partes consistente en disfrutar en vida del derecho (sin privar a la sociedad conyugal de los frutos ni lucrarse indebidamente en otra forma) y en atribuir al sobreviviente aquel disfrute íntegro, queda plenamente reflejada y cumplida con un usufructo de carácter ganancial, según se ha dicho.

La práctica notarial debería abandonar estas oscuras, arcaicas y ya inútiles fórmulas, procediendo, tanto en el caso de la adquisición onerosa como en el de la reserva, a consignar sin más que los cónyuges adquieren o se reservan el derecho de usufructo pudiendo añadirse o no que lo es con carácter ganancial, porque esta última adición no refuerza ni su omisión altera para nada la normativa legal que, en tales casos, fija de forma indubitada el carácter ganancial de lo adquirido o reservado.

(30) Ya examinados en apartado anterior.

(31) Resolución de 1975 resumida en anterior epígrafe.

(32) Lugar citado. Nota 26, al pie de pág. 90.

Mientras este cambio de criterio no se produzca, mientras las escrituras que acceden al Registro sigan conteniendo cláusulas similares a las de referencia, la correcta actuación del Registrador entiendo que debe ser la siguiente:

1.º En las reservas de usufructo, se consignará la cláusula en cuestión en el cuerpo del asiento de nuda propiedad. Al no practicarse una especial acta de inscripción por existir una previa del dominio pleno, resultará que el Registro publica un usufructo ganancial (carácter deducido del asiento de dominio), que será adquirido íntegro por aquel de los cónyuges que sobreviva (según anuncia la cláusula de reserva que consta en el de nuda propiedad).

Ni se alteran con ello las declaraciones de las partes, pues son transcritas en su integridad o en extracto, ni se desvirtúan en nada los previos pronunciamientos registrales que obligaban al Registrador y, desde luego, a las partes a considerar el usufructo como ganancial. La certificación que de estos asientos se expida deberá reflejar ambos datos.

2.º Para el supuesto de adquisición onerosa, la inscripción que se practique recogerá dos contenidos (33): la estipulación especial convenida por las partes, que constará en el cuerpo del asiento, y la declaración solemne de que el derecho se inscribe a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, extremo que se reflejará en el acta de inscripción.

Se respeta con ello la voluntad de los interesados y se da debido cumplimiento a la disposición del artículo 95, 1, del Reglamento Hipotecario, cuya raíz sustantiva son los artículos 1.401, 1.º, y 1.407, ambos del Código Civil.

Esta fue la solución adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 9 de febrero de 1917, en la que se declaró que la escritura de compra en la que los cónyuges adquirían un usufructo simultáneo con prevención de acrecimiento, era inscribible «en el concepto de adquisición a título oneroso, sin perjuicio del derecho que el artículo 252 de la Ley Hipotecaria concede a los interesados en la inscripción». No pudo decirse más, si se tiene en cuenta el año en que el fallo fue pronunciado.

b) *Adquisición de un usufructo simultáneo por reserva en la enajenación de la nuda propiedad de bienes privativos*

Con el deseo de ordenar el presente y prevenir el futuro, unos padres de familia reúnen un grupo de bienes de su pertenencia (en algunos casos

(33) Desde luego, compatibles, como vengo señalando.

prácticamente todos) y los donan en nuda propiedad a sus hijos, reservándose el usufructo para ambos y para el que de ellos sobreviva.

Sin perder la dirección de la casa (de ahí la reserva de usufructo) con este negocio familiar pretenden los padres repartir entre sus hijos su caudal en vida, evitando las disputas que a su falta, en la partición de la herencia, frecuentemente se suscitan, y asegurarse recíprocamente uno y otro cónyuge recursos suficientes para la viudez y la posibilidad de continuar rigiendo un patrimonio que, en su mayor parte, aquéllos han forjado con su esfuerzo. De paso, la operación puede suponer un considerable ahorro en el impuesto sucesorio (la división de las bases en un impuesto con tipo de gravamen progresivo es siempre ventajosa).

Con este bagaje de lícitas aspiraciones acuden los interesados a dar forma legal a sus deseos y comprueban con asombro la advertencia que el profesional o funcionario les hace: la operación es correcta sólo en cuanto a los bienes de carácter ganancial, no así respecto de los parafernales, dotales o privativos, para los que la reserva de usufructo que se pretende realizar cae de lleno en el terreno prohibido de las donaciones entre cónyuges.

El usufructo simultáneo reservado, se dice, no encierra, en el fondo, sino una donación que del usufructo el cónyuge donante de los bienes a los que la reserva afecta hace al otro, y el artículo 1.334 del Código Civil es suficientemente claro al señalar que «será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio». El Tribunal Supremo se ha encargado convenientemente de ampliar en todo lo posible el efecto del referido artículo, de forma que ningún acto en el que aparezca un asomo de «liberalidad» entre cónyuges escape a su regla prohibitiva (así, la Sentencia de 28 de octubre de 1965), aunque tal doctrina jurisprudencial aparezca formulada en contra del principio general del Derecho con base al cual toda prohibición ha de ser interpretada restrictivamente; de la mayoría corriente de los autores, que enjuicia con extraordinario sentido crítico aquel precepto; de los propios antecedentes legales patrios, y de la postura de mayor flexibilidad o permisibilidad adoptada por nuestras legislaciones forales.

Si el usufructo reservado lo fuese con carácter sucesivo (y lo mismo para el efecto acrecentador *post mortem* típico del simultáneo), se sigue diciendo, nos encontramos ante una donación *mortis causa* que, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 620 del Código Civil (entre los que se interpreta que está la forma testamentaria), será igualmente nula.

Al Notariado, primer eslabón en la publicidad legal de los negocios jurídicos, le ha cabido primordialmente la tarea de enfrentarse al acto que se examina y a los obstáculos que a su validez se oponen, y ciertamente estos últimos han venido a pesarle en gran medida. Si la objeción que

supone el artículo 620 ha sido en muchos casos abordada con éxito, no se ha tenido la misma presencia de ánimo ante el contenido del artículo 1.334.

Las posiciones mantenidas al respecto pueden ser agrupadas en las dos siguientes: la de aquellos que con renuncia total capitulan ante los referidos obstáculos admitiendo que sobre bienes peculiares de un cónyuge sólo éste puede para sí reservarse el usufructo, y la de aquellos otros que considerando imposible la reserva del usufructo simultáneo en bienes privativos, orientan sus esfuerzos hacia la construcción de la reserva de carácter sucesivo.

En la primera de las apuntadas líneas puede situarse la tesis defendida por MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE (34), para el que resulta inviable tanto la reserva simultánea como la sucesiva. Para dar forma jurídica, en alguna medida, a la voluntad de los interesados, propone, entre otras, las siguientes vías:

- Reserva por parte del cónyuge donante del derecho de usufructo y de la facultad de constituir en el futuro otro usufructo en favor del no donante, usando luego de tal facultad por testamento (35).
- Otra solución será la de constituirlo mediante la imposición al adquirente de la obligación de consentir el usufructo del otro cónyuge si sobrevive, quedando garantizado este deber con condición resolutoria de la donación o venta de la nuda propiedad.

En la primera fórmula no queda cumplido de presente el deseo de las partes ni éste se realiza del modo deseado; con la segunda sucede lo mismo, agravándose con el hecho de que al ser los donatarios de la nuda propiedad, de ordinario, los hijos del imponente de la condición, incumplida que fuere ésta, los bienes, a través del mecanismo sucesorio, pasarían normalmente a los mismos favorecidos por la resuelta donación.

Con similar orientación, GARCÍA-BERNARDO LANDETA (36) no concibe la reserva del usufructo simultáneo ni la del sucesivo, proponiendo, para dar en algún modo cumplimiento al deseo de las partes, la tesis, ya defendida por BIONDO, de que sólo a través de la transmisión del dominio pleno

(34) *Revista de Derecho Notarial*, núms. 53 y 54, págs. 280 y 285, y números 57 y 58, pág. 391.

(35) Esta es la solución propuesta por el *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, septiembre de 1960, núm. 111, pág. 525, en el que, al comentarse la Sentencia de 7 de junio de 1960, que luego resumiré, y tras destacarse cómo el fallo declara la inexistencia de donación durante el matrimonio, asombrosamente se apostilla luego que «lo que estaba y sigue prohibido es la reserva de usufructo, en la donación de bienes propios en favor del donante y su esposa, por estimarse como donación entre cónyuges prohibida por el artículo 1.334 del Código Civil».

(36) *Ob. cit.*, págs. 87 y ss.

y la coetánea o posterior constitución, por el adquirente, del usufructo a favor del transferente y su cónyuge, puede conseguirse sin reparo legal la finalidad pretendida.

La operación (en la que ya no puede hablarse de reserva, como reconoce el propio GARCÍA-BERNARDO) plantea un doble inconveniente: el fiscal, pues el negocio será gravado con una mayor carga tributaria de la prevista, y el sustantivo, que se deriva de convertir a los cónyuges usufructuarios en adquirentes directos de los nudo propietarios, con las consecuencias que ello puede implicar si el acto de constitución del usufructo fue uno de carácter gratuito (especialmente la revocación por superveniencia de hijos del donatario) y aun si fue oneroso (dadas las casi seguras simulaciones en la contraprestación).

No creo que pueda irse tan lejos como lo hacen CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA (37) al considerar que el mecanismo operativo señalado envuelve un fraude a la ley que va a impedir su inscribibilidad.

En la segunda de las líneas que antes apuntaba, la de aquellos que intentan hacer viable, ya que no la reserva simultánea, sí la sucesiva, se enmarcan las posiciones de CASASUS HOMET y JUAN COMÍN.

El primero (38) admite la reserva del usufructo con carácter sucesivo y la entiende válida como donación *mortis causa*, porque ésta no requiere ser hecha en testamento, tal y como ya defendió VALLET DE GOYTISOLO (39).

JUAN COMÍN COMÍN (40), aun reconociendo las serias dificultades que la reserva sucesiva plantea y después de pretender configurarla como una estipulación a favor de tercero (extremo que nada resuelve), acude, como medio de salvar aquellas dificultades, a la idea de la convalidación del acto constitutivo del usufructo, mediante una disposición testamentaria en la que el donante declare su voluntad de que tal acto valga como legado si no valiese como donación (el usufructo queda, desde luego, constituido y las dudas sobre su validez se allanan con su convalidación posterior). Basta señalar que lo que es nulo no produce efecto alguno para comprobar lo cerca que esta tesis está de la defendida por MENÉNDEZ (legado de usufructo).

Quizá el mayor defecto en el que incurren todos estos esfuerzos doctrinales, que he intentado resumir, haya sido el de no abordar frontalmente el problema, obteniéndose sólo a través de vías oblicuas soluciones cuyos resultados se intenta que sean lo más parecidos a lo realmente que-

(37) *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo II, pág. 22, 2.ª ed.

(38) *Revista de Derecho Notarial*, núm. 51, pág. 190.

(39) *Revista de Derecho Privado*, núm. 357, diciembre 1946. Id., «Estudios sobre donaciones», Madrid, 1978.

(40) *Revista de Derecho Notarial*, núms. 57 y 58, págs. 339 y 340.

rído por los interesados. ¿Hay acaso motivos realmente tan relevantes que impidan alcanzar en forma directa esa finalidad? A mi juicio, no.

El deseo de las partes resulta obvio: reservarse en bienes privativos de un cónyuge el usufructo simultáneo para ambos esposos, de modo que al fallecimiento del uno pase íntegro al sobreviviente.

Que este deseo queda plenamente logrado con la simple reserva del usufructo conjunto y simultáneo sin más previsiones es punto que aparece igualmente claro, pues tal tipo de usufructo produce: de presente, el disfrute en común para ambos esposos del derecho reservado, y de futuro, la absorción total del disfrute por el que de ellos sobreviva, tal y como en epígrafe anterior tengo expresado.

Al efecto de presente se oponen, en principio, la norma prohibitiva de las donaciones entre cónyuges contenida en el artículo 1.334 del Código Civil. Pero ¿existe acaso verdadera donación en el caso que se examina?

Entiendo que no se produce donación alguna, y si la hay opera sin contenido económico.

Toda donación, toda liberalidad, conlleva el empobrecimiento del que la hace y el correlativo enriquecimiento del donatario. Ni una ni otra cosa ocurren en este caso.

En el aspecto puramente económico hay un dato en estas reservas que, sin pretender ahora descubrirlo, creo que no se le ha concedido la importancia que merece; tal es el contenido del artículo 1.401, 3.º, del Código Civil, y el artículo 1.403, que supone el lógico desarrollo del primero en cuanto al usufructo se refiere. Los frutos de los bienes peculiares de los cónyuges, aunque se trate de un derecho de usufructo, son gananciales.

Si el cónyuge donante se hubiese reservado para sí solo el usufructo, no tendría mayor derecho al percibo de los frutos que de retenerlo para sí y su esposa, porque en uno y otro caso los frutos serán percibidos por la sociedad de gananciales.

A esta falta de enriquecimiento, que pongo de relieve, GARCÍA-BERNARDO LANDETA (41) opone dos objeciones:

1.^a El precio de venta del usufructo, que debería ser privativo del donante, se convertiría en ganancial. Habrá que señalar que, en primer término, será realmente extraño que se produzca esta enajenación del derecho reservado, al menos por la vía voluntaria, dada la finalidad con la que se hace la retención; en segundo lugar, que el obstáculo podría ser salvado sin más que convenir en una prohibición de disponer respecto del usufructo o establecer que, llegado el caso de su enajenación, fuese el precio exclusivamente al donante de la nuda propiedad, antiguo titular de los bienes; en tercer lugar, debe precisarse que cuando se trata de un

(41) *Ob. cit.*, pág. 65.

derecho conjunto, como es el caso, la distribución del precio o contraprestación obtenido con su realización es un punto en el que resulta prácticamente imposible entrar, y, por último, que las donaciones de dinero entre los cónyuges o las aportaciones que de dinero privativo uno de ellos haga a la sociedad conyugal (que es justamente lo que aquí se quiere evitar) se producen con bastante frecuencia y su ilicitud resulta incontrolable registral y aun civilmente. Baste recordar cómo los precios de venta de los bienes privativos o el dinero privativo de cualquiera de los esposos se emplean en necesidades del matrimonio, se depositan en cuentas corrientes bancarias de carácter indistinto e incluso llegan a usarse para realizar adquisiciones de gananciales. En muchos casos tal metálico no quedará reflejado, en el inventario que al disolverse la sociedad se practique, con su propio carácter de privativo o parafernial, antes al contrario, no resultará anómalo el que ni siquiera conste inventariado o que constando, lo esté como ganancial y sea partido como tal (buscándose quizá con ello la exención del núm. 15 del art. 65 del Texto Refundido del Impuesto).

2.^a La segunda objeción invocada por GARCÍA-BERNARDO es la posibilidad de que los esposos, después de reservado el usufructo, acudan a la separación en cualquiera de sus modalidades (el autor citado sólo alude a la judicial), en cuyo caso, se adjudicaría a cada uno su parte en el derecho. El supuesto, además de rebuscado, creo que no se plantea correctamente. Si el usufructo es conjunto, su división no es factible, por lo que al separar sus bienes, los cónyuges tendrán que adjudicárselo como conjunto igualmente, y caso de reconciliación, habrían de aportarlo con el mismo carácter de solidario.

Sólo a través de la renuncia hecha por el cónyuge donante podría el otro lucrarse; pero, como para el usufructo conjunto tengo en general constatado, tal renuncia no puede ser formulada, y ni siquiera la renuncia al disfrute, a la que aludía entonces, podrá en este caso realizarse porque el disfrute no pertenece al cónyuge repudiante, sino a la sociedad de gananciales.

Con la reserva simultánea en bienes privativos, parafernales o dotales no se produce merma ni acrecentamiento patrimonial. Aunque se dijera que la sociedad conyugal tiene sólo derecho a los rendimientos líquidos obtenidos de los bienes, ello sólo posee ya virtualidad para vaciar de contenido económico el acto realizado.

La reserva va a suponer sólo una atribución de titularidad a favor del no donante, que no va a implicar nunca el que el cónyuge donante pierda la suya, pues al ser conjunto el usufructo retenido, este último es usufructuario del todo y no de una parte señalada de la cosa o del derecho. Conviene no perder de vista el hecho de que, en el fondo, lo realmente pretendido es atribuir la titularidad no al otro cónyuge, sino más bien a la

sociedad conyugal (como apunta el segundo de los considerandos de la Sentencia de 7 de junio de 1960, de la que luego por extenso trataré). El deseo no parece, pues, otro que el de ofrecer a dicha sociedad un título voluntario que refuerce el derecho legal al percibo de los frutos.

La única limitación que el donante sufre en sus facultades es la de sujetar la disposición futura (improbable) del derecho de usufructo al mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Considerar ello suficiente para calificar el acto como uno de donación lo juzgo desmesurado.

Aterroriza en demasía el hecho de la conversión en común de una cosa peculiar, y no es que pretenda preconizar este resultado, pero es conveniente sentar que ni es el caso, pues aquí sólo se hace en común una titularidad, no así la entidad económica, que ya lo era, y que esa atribución al patrimonio común no es ni mucho menos insólita. Aparte de los supuestos de metálico ya reseñados, pueden añadirse los siguientes: la inmatriculación de una finca originariamente privativa simulando un título de adquisición oneroso; la enajenación de bienes privativos y su posterior readquisición onerosa, y la edificación en solar propio de un cónyuge a costa del caudal común (art. 1.404, par. 2.º, del Código Civil), en la que el terreno pasa a convertirse en bien ganancial sin más que satisfacer al propietario su valor (hecho que raramente se acredita y a cuya justificación habría que objetar serios reparos en cuanto a su veracidad).

Ningún obstáculo legal se opone a la actuación por la que un cónyuge enajena a título gratuito sus bienes propios, privando con ello a la sociedad conyugal de forma definitiva del derecho a percibir los frutos de los mismos, y, sin embargo, se impide dar curso legal a la recta intención que tiende a evitar que tales frutos escapen de presente para la sociedad o incluso puedan ser perdidos por ella en el futuro, salvo que tal pérdida sea decidida por sus miembros (marido y mujer) en la forma prevista para la disposición de cualquier derecho ganancial. Se admite la actuación unilateral en perjuicio de la familia y no se acepta una operación esencialmente destinada a evitarlo: la de la reserva.

Que la reserva que se examina no comporta de presente una donación entre cónyuges prohibida es una conclusión a la que llegó la interesante Sentencia de 7 de junio de 1960.

El caso planteado al Supremo Tribunal fue el que sigue:

Don Andrés Z. A., casado en segundas nupcias con doña Tomasa A. E., donó al hijo de su primer matrimonio, don Anselmo Z. V., la nuda propiedad de tres casas que le pertenecían con el carácter de privativas, y sobre ellas se reservó el usufructo para sí y para su esposa, así como para el que de ellos sobreviviese. Dos años después, el donante otorga testamento en el que lega a su esposa, doña Tomasa, el pleno dominio de las tres refe-

ridas casas, y fallecido aquél, ésta inscribió su adquisición. Contra ella dedujo demanda el hijo, don Anselmo, pidiendo que se declarase la nulidad del legado y de las inscripciones por su razón practicadas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, y atendiendo posiblemente a una reconvencción de la demandada, declaró nula la donación hecha a favor de don Anselmo.

Apelado el fallo, la Audiencia Territorial lo revocó, declarando:

1. Que la donación reunía las condiciones exigidas por la ley y era, «por tanto, válida en todas sus partes».
2. Que era nulo el legado que de los bienes previamente donados hizo el causante, don Andrés, en favor de su esposa en segundas nupcias.
3. Que las inscripciones que de ese legado se practicaron a favor de ella en el Registro de la Propiedad eran igualmente nulas.
4. Y «que únicamente correspondió a doña Tomasa A. E. el usufructo vitalicio de las fincas en cuestión» (42).

Se recurre en casación esta sentencia, cometiéndose por la representación de la recurrente la imperdonable omisión de no impugnar la declaración de nulidad hecha por la Audiencia acerca del legado, y es por ello que el Supremo señala, en el primero de los considerandos de su fallo, que «este pronunciamiento ha quedado firme». Esto condicionará en gran medida la solución del recurso. Los motivos aducidos por la recurrente pueden resumirse en los que siguen:

1. La donación era nula por atribuir a unos bienes privativos la condición de gananciales, y lo era también la reserva de usufructo, por ser donación entre cónyuges.
2. Las casas en litigio habían sido ya adquiridas por la recurrente en virtud de prescripción ordinaria.
3. La donación hecha al hijo, dado su carácter *mortis causa*, en razón del usufructo vitalicio que la condiciona, quedó revocada por el legado ordenado posteriormente por el donante.

No se estimó la prescripción (tercer considerando), pues la posesión de la recurrente «era como usufructuaria y no como dueña, y esto le constaba, en cuanto ella intervino en la escritura de donación, por lo que no cabe admitir la buena fe ni tampoco el justo título».

Se desestimó igualmente el tercero de los motivos, no pudiendo prosperar al no haberse impugnado la declaración de nulidad del legado, y porque aunque así no fuere, es claro que el donatario recibe por donación *inter vivos* la nuda propiedad de los bienes donados, y tal naturaleza del

(42) Así del *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*.

acto transmisivo no puede ser modificada por el simple hecho de que la consolidación no se produzca hasta determinado momento (cuarto considerando).

Ciertamente que es la primera de las alegaciones de la actora la que en mayor medida nos interesa. Respecto de ella, el segundo de los considerandos de la sentencia advierte:

- Que no hay conversión de bienes privativos en gananciales, pues en la discutida donación, «a pesar de la innecesaria presencia de la esposa, lo que se dona al hijo es la nuda propiedad de las tres casas, constituyendo un derecho real de goce sobre estas fincas al reservarse el usufructo, lo que autoriza el artículo 634..., y precisamente como supuesto necesario para la validez de la donación en su consideración cuantitativa».
- «Y respecto de la reserva del usufructo hasta la muerte de los dos cónyuges..., dicha reserva no se hace por partes determinadas entre ellos, sino en común para satisfacer las necesidades del matrimonio, y sólo cuando ocurra el fallecimiento de uno de ellos es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, y es entonces cuando podría admitirse la existencia de la donación, pero no durante el matrimonio, sino disuelto éste, e independientemente de lo expuesto, aunque existiera esa donación durante el matrimonio, no cabe olvidar que los donatarios serían dos y que la inhabilidad para serlo de uno solo de ellos no puede determinar la nulidad total de la donación cuando, como aquí ocurre, lo donado son cosas distintas, a uno la nuda propiedad y a otro el usufructo, nulidad que al producirse llevaría consigo la consolidación del dominio pleno, la liberación del gravamen, en perjuicio de la misma recurrente, siendo notorio que en el recurso de casación podrá mejorarse su posición, pero no agravar la que declara la sentencia que recurre.»

El extenso párrafo, que he creído necesario transcribir por su importancia, resuelve la cuestión que de presente suscita la reserva de usufructo simultáneo entre cónyuges, pero deja intacto el problema que de futuro plantea.

El Tribunal Supremo es claro y rotundo en cuanto a que no hay donación durante el matrimonio. Las palabras «aunque existiera esa donación» y lo que a ellas sigue, se introducen no para manifestar una inseguridad en la tesis que se consagra, sino para, en trance de colocarse en las premisas de la recurrente, demostrar la absurda situación que se ocasionaría: siendo nula la reserva de usufructo y válida la donación de nuda propie-

dad, queda privada la actora de todo derecho sobre los bienes en litigio, con lo que perjudica su posición, la sentencia recurrida le reconoció el usufructo). A fuer de ser posibilista, el Supremo es posible que haya inducido a confusión.

Lo que no puede estimarse correcto en el fallo que se comenta es esa alusión que para el supuesto de muerte de uno de los esposos usufructuarios se realiza, al consignarse que «es entonces cuando podría admitirse la existencia de la donación». Tal declaración es oscura por cuanto no señala taxativamente que la donación exista y deja sólo abierto un margen para la razonable duda; es inmeditada, pues no aparece argumentada, y porque si se pensó que con ello se salvaba el obstáculo del artículo 1.334 del Código Civil (43), se olvidó el que representa la interpretación del artículo 620 del mismo cuerpo legal (forma testamentaria para las donaciones *mortis causa*), y, por último, es incongruente con el fallo de la Audiencia, que en uno de sus pronunciamientos contiene la precisión de que el usufructo sobre las fincas en litigio quedó perteneciendo a la viuda. Si el Tribunal Supremo, al desestimar el recurso de casación, juzgó correcta la sentencia recurrida, concediéndole plena fuerza, debió de abstenerse de introducir duda alguna en los contenidos de la misma.

Habría que estar entonces con las conclusiones obtenidas en la Segunda Instancia (que perdido el recurso adquirirán pleno vigor), en el sentido de estimar válido el efecto de absorción en favor del sobreviviente que, en el usufructo simultáneo, se produce al fallecimiento del otro.

Tanto si se sigue la tesis de que el artículo 521 del Código Civil, aplicable al caso, consagra un acrecimiento o una adquisición *ex lege*, como si se acepta la defendida por mí, no puede, en pura técnica, hablarse de donación, puesto que no es la voluntad de un cónyuge la que genera la adquisición por el supérstite, sino que es un especial derecho de acrecer, o la ley o ésta unida al singular carácter que define los derechos conjuntos, la que ocasiona la absorción *post mortem* del usufructo. Si el impulso adquisitivo no se recibe merced a una voluntad particular, mal puede decirse que exista donación. Si el efecto absorcional se produce, lo hayan previsto o no los cónyuges, a virtud de que tal efecto es consustancial con el usufructo simultáneo y conjunto (44) que aquéllos se reservaron en acto *inter vivos*, no cabe encuadrarlo en la institución de la donación *mortis causa*.

No hay, pues, donación *mortis causa* que deba estimarse nula por infracción del artículo 620 del Código Civil y concordantes. Esta conclu-

(43) Su ámbito se ciñe a las donaciones realizadas «durante el matrimonio».

(44) Como lo es el derecho de acrecer en las vacantes producidas respecto de aquellos derechos que se defieren en forma conjunta, extremo que, como se vio (art. 637 del Código Civil), puede operar entre cónyuges.

sión es la más acorde con la posibilidad, generalmente admitida, de las reservas de usufructo simultáneo en la enajenación de bienes gananciales, a las que, al menos respecto de la porción correspondiente al premuerto, habría que objetar idénticos reparos a los que se formulan a la reserva de referencia. Lo mismo habría que decir del usufructo simultáneo y conjunto adquirido gratuitamente por marido y mujer. De sostener, en este último caso, que el acrecentamiento o absorción futura comporta una donación *mortis causa*, se seguiría:

- O bien, que dicha donación se hace por un cónyuge a favor del otro, lo que sería desnaturalizar un negocio del que con meridiana claridad resulta que son las personas de los esposos las que adquieren del tercero y sólo de éste.
- O bien, que es este tercero quien la realiza, con lo que, presupuesta la libre revocabilidad de este tipo de donaciones, se dejaría al arbitrio y discrecionalidad de aquél el efecto de la recíproca absorción futura. Nada de esto, como se sabe, es cierto.

Si la reserva del usufructo simultáneo en bienes peculiares de un cónyuge no puede decirse que sea donación *inter vivos* durante el matrimonio ni *mortis causa* por fallecimiento de uno de los esposos, habrá que concluir su validez y perfecta admisibilidad.

Entenderlo de otro modo ocasionaría:

1.º Alejarse de la finalidad pretendida por el último párrafo del artículo 1.413 del Código Civil, según el cual, en ningún caso «podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados» (muebles o inmuebles, privativos o gananciales). Si la reserva no contiene derecho alguno en favor del no donante, queda evidente el perjuicio que este precepto denuncia, tal y como se resaltará en el tercero de estos puntos.

2.º Hacer de mejor condición a los cónyuges que precavidos retuvieron sólo los bienes gananciales, realizando los propios para subvenir a las atenciones de la familia, pues sobre aquellos bienes la validez de las reservas de usufructo es, como vimos, indudable.

3.º Se producirían, por último, serios problemas en cuanto a colación y reducción de liberalidades. En efecto, donada por un cónyuge la nuda propiedad de sus bienes y reservándose éste para sí solo el usufructo, el sobreviviente, si lo fuese el no donante, tendrá derecho, conforme a los artículos 1.035 y siguientes del Código Civil, a que los donatarios (si son herederos forzosos, que será lo común) colacionen el importe de lo donado, a fin de obtener el cálculo de su legítima usufructuaria, pues el Código

impone la obligación de colacionar a todo heredero forzoso sin otra precisión. De otro lado, y a tenor de los artículos 654 y siguientes del mismo Código, el esposo no donante, caso de sobrevivencia, podrá pedir que se reduzca la donación efectuada porque naturalmente siempre será inoficiosa al ser su legítima una de cuota.

No siendo donación, ¿cuál es entonces la verdadera naturaleza jurídica de la institución que se examina?

Desde el punto de vista del presente estudio, no era éste el problema fundamental, pues resultaba ciertamente de mayor importancia llegar a conclusiones claras acerca de lo que la institución no es (no es donación), y así he pretendido su enfoque. No obstante, por no dejar tal extremo sin un tratamiento adecuado, y pese a la variedad de construcciones que la cuestión admite, como en todo caso en que se trate de perfilar una naturaleza jurídica (45), donde mejor se ha precisado, a mi juicio, su verdadero carácter ha sido en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de marzo de 1892.

Pese a tratarse de un caso en que la donación y reserva de usufructo fue hecha a unos hijos por la madre ya viuda, y aunque se discutía exclusivamente la necesidad o no de insinuación de la donación realizada, nos interesan sobremanera las conclusiones que se obtuvieron en el recurso, por cuanto lo que se puso en tela de juicio fue el propio carácter de donación atribuible al acto realizado y que es, desde luego, perfectamente similar al que se examina en estas notas.

En contra de la tesis mantenida por el Registrador que lo calificó de donación, el Centro Directivo, haciéndose eco de las alegaciones de la recurrente, declaró que en el referido acto de lo que se trataba era de una distribución de bienes en la que prevalecía el carácter de «partición». Con este precedente conviene ya que se comience a meditar si no serán precisamente estas donaciones familiares las auténticas particiones entre vivos, a que se refiere el artículo 1.056 del Código Civil, salvado el obstáculo que supone la inclusión en el precepto del término «el testador».

Las afinidades entre uno y otro negocio son señaladas, tanto en cuanto a su finalidad como respecto a la forma de las adjudicaciones. La práctica nos enseña que goza cada día de mayor predicamento la atribución testamentaria al cónyuge viudo del usufructo universal, y aun tampoco es

(45) Cabría configurar la reserva como una asociación que, con carácter tontinario, el cónyuge donante hace al otro (entre cónyuges sólo están prohibidas las sociedades universales, tal y como indica el art. 1.677 del Código Civil) de una titularidad en vacío del derecho de usufructo (no hay atribución de frutos) y cuya única finalidad radica en el mantenimiento de la dirección familiar y en el aseguramiento de recursos para la viudez. Que tal negocio no es tan gratuito como pudiera parecer queda patente sin más que observar cómo, en muchos casos, el cónyuge no donante realiza una similar operación de asociación usufructuaria respecto de sus bienes peculiares.

anómalo el que en las operaciones particionales hechas por los herederos, se adjudique al cónyuge sobreviviente, en pago de sus gananciales y cuota hereditaria, el usufructo vitalicio de todos o gran parte de los bienes inventariados, pese a que sobre tal conmutación nada se dijera en el testamento ordenador de la sucesión.

De todo lo dicho habrá que deducir que la admisión de estas reservas (46) ha de hacerse ya con un criterio nuevo: si bien es cierto que no hay verdadera donación de usufructo, no lo es menos que para el esposo no donante surge un derecho donde antes no lo había. El usufructo, por tanto, respecto a éste se constituye, constitución cuya eficacia definitiva (disfrute exclusivo) opera a la muerte del cónyuge donante. Ello implica:

1. Que el otro cónyuge haya siempre de comparecer en la escritura de donación como medio de no hacerle adquirir un derecho sin el concurso de su voluntad. No puede sostenerse, como dice la citada Sentencia de 1960, que su presencia sea innecesaria.

2. La conveniencia de que en el asiento de nuda propiedad, que en el Registro se practique, se haga constar en el acta de inscripción la declaración del derecho reservado (constituido), pues ya no puede decirse que el anterior asiento de dominio baste para configurarlo.

3. Las Oficinas Liquidadoras del Impuesto deberán velar porque la adquisición definitiva del usufructo por el supérstite no escape en su momento (a la muerte del cónyuge donante) de la correspondiente tributación, debiendo girarse entonces además de la liquidación que proceda por la extinción del usufructo, otra más por su constitución.

La tesis permisiva que sobre estas reservas propugno habrá de ceder y no podrá ser sostenida cuando se trate de:

1. La reserva del usufructo que por partes indivisas entre ellos realicen los cónyuges, tanto si los bienes afectados son peculiares de uno de ellos como si fueren gananciales. La circunstancia de que en este segundo caso nos encontremos en presencia de una disolución parcial de la sociedad conyugal sin causa legal, y ante una clara alteración de los preceptos legales en materia de bienes gananciales con perjuicio más que probable para los

(46) No será obstáculo para tal admisión el que se imponga a los nudos propietarios una prohibición de disponer o se limite la disposición de su derecho al caso de ser ésta consentida por ambos cónyuges o por el que de ellos sobreviva (en mi artículo referente a las prohibiciones de disponer defendía la licitud de estas prevenciones).

Mayores reparos habrá que oponer a la reserva hecha acerca de la facultad de disponer de los bienes donados, pues plantea serias dudas tanto si tal reserva se hace sólo en favor del cónyuge donante (violación posible de los derechos atribuidos al otro cónyuge) como si se hace en favor de ambos (posible donación entre cónyuges).

acreedores sociales, son razones que abonan su rechazo. En el primero de los supuestos (bienes privativos) podría ya hablarse con propiedad de una donación entre cónyuges prohibida, pues cada uno de ellos queda autorizado a realizar separadamente su porción de usufructo pudiendo aplicar el precio obtenido a la adquisición de otros bienes que justificaría así, ante el Registro, como privativa (no ocurre esto en el usufructo conjunto, para el que la distribución del precio de su enajenación no puede presumirse hecha por mitad entre los esposos).

2. La reserva sucesiva en bienes gananciales, por los motivos antes apuntados.

3. La reserva sucesiva en bienes privativos, dotales o parafernales, cuando el primer llamado al disfrute no sea el donante titular de los bienes. El empobrecimiento sufrido por este cónyuge y el correlativo enriquecimiento del otro proporciona base suficiente para estimar la existencia de una donación nula.

4. Y, por último, terminando con ello el presente estudio, tampoco procederá admitir la reserva de usufructo que, en bienes de carácter ganancial, se haga con exclusividad para uno solo de los esposos. A las razones ya expresadas sobre su improcedencia, añadir la que resulta de la dicción del artículo 1.415 del Código Civil, que al señalar cómo «también podrá (el marido) hacer donaciones moderadas para objetos de piedad o beneficencia, pero sin reservarse el usufructo», claramente indica que en los casos en que uno solo de los cónyuges pueda disponer de los bienes gananciales, no cabe que el mismo se reserve para sí el usufructo, sin perjuicio de que hayan sido otros, además del señalado, los motivos que el legislador tuvo también en su ánimo a la hora de redactar este precepto.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ