

15. ES INSCRIBIBLE LA VENTA DE UN USUFRUCTO VITALICIO REALIZADA POR EL USUFRUCTUARIO, CÓNYUGE SUPÉRSTITE, SIN LAQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN CUANTO AL USUFRUCTO QUE A AMBOS CÓNYUGES CORRESPONDE POR VÍA DE RESERVA EN VENTA O DONACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD DE FINCA GANANCIAL, SI EN ESTA VENTA O DONACIÓN SE HACE LA RESERVA DE USUFRUCTO POR EL MARIDO VENDEDOR «PARA SÍ Y PARA SU ESPOSA, CON LO QUE SE CONSOLIDARÁ EL PLENO DOMINIO SOLAMENTE AL FALLECIMIENTO DE AMBOS CÓNYUGES», POR DARSE EL DERECHO DE ACRECER DEL SUPÉRSTITE EN EL USUFRUCTO, Y A MAYOR ABUNDAMIENTO, LA INTERVENCIÓN EN EL ACTO DISPOSITIVO DEL USUFRUCTO DE TODOS LOS INTERESADOS EN LA SOCIEDAD CONYUGAL.

*Resolución de 10 de julio de 1975 (B. O. del E. de 14 de agosto).*

*Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada en Faura, ante el Notario don Carlos Fraga Carreira, el 23 de agosto de 1972, doña Josefina Forcadell Martínez y don José María Prado Aller vendieron la nuda propiedad, y don Rafael Forcadell Faulí, el usufructo, de dos fincas rústicas a don Vicente Fornell Gallego, que compró el pleno dominio; una de las fincas había sido donada a doña Josefina por su padres, don José Forcadell y doña Josefina Martínez, reservándose éstos el usufructo vitalicio según escritura de 26 de enero de 1962, inscrita en el Registro, y la otra finca la había comprado en escritura de la misma fecha don José Prado Oller, en cuanto a la nuda propiedad, reservándose los vendedores, don Rafael Forcadell y esposa, el usufructo vitalicio.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Sagunto primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en los tomos, libros, folios, números de fincas e inscripciones que expresan los cajetines puestos al margen de la descripción de las fincas, en cuanto a la nuda propiedad, y suspendida la inscripción del usufructo, que se transmite por el viudo, don Rafael Forcadell Faulí, por no justificarse sea titular del mismo, ya que por ser un bien ganancial tiene que ser objeto de la correspondiente adjudicación, previa la disolución de la sociedad de gananciales.»

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: «que las referidas fincas tenían naturaleza ganancial, por lo que el usufructo reservado era igualmente bien ganancial; que, en cuanto a la finca donada a la vendedora, es claro que al donarse conjuntamente por los dos cónyuges la nuda propiedad, el usufructo reservado es un usufructo conjunto establecido a favor de dos personas al mismo tiempo, siéndole de aplicación el artículo 521 del Código civil, que establece que no se extinguirá hasta la muerte del

último usufructuario que sobreviviere, por lo que no hay duda de que don Rafael Forcadell, que es el cónyuge supérstite, es el titular del usufructo de la primera finca donada, que transmite en la escritura de compraventa, cuya inscripción se discute; que respecto a la segunda finca, comprada por don José María Prado Oller con reserva del usufructo vitalicio por parte de los vendedores, procede decir lo mismo, ya que se trata de un usufructo ganancial constituido en el mismo acto a favor del marido y mujer, siéndole igualmente aplicable la disposición del artículo 521 citado de que el cónyuge sobreviviente es el titular del usufructo; que, salvo opiniones aisladas, hoy se puede estimar superada la atribución de personalidad jurídica a la sociedad de gananciales, no pudiendo ésta destruir la personalidad de cada uno de los cónyuges, y esto es suficiente para desechar cualquier postura que trate de excluir del juego del artículo 521 del Código civil el usufructo ganancial constituido por vía de reserva; que los problemas se plantearían en el supuesto de transmisión de finca privativa de uno de los cónyuges, dada la prohibición del artículo 1.334 de donaciones entre cónyuges, pero éste no es el caso del recurso; que el requisito de la adjudicación exigido por el funcionario calificador deja de tener razón al considerar que al usufructo transmitido le es aplicable plenamente el artículo 521 del Código civil; que pretender que el usufructo ganancial tiene que ser necesariamente objeto de adjudicación al disolverse la sociedad de gananciales es olvidar la naturaleza del derecho de usufructo, ya que si es vitalicio se extingue al fallecimiento del titular; que, en todo caso, lo que habrá que llevar, a efectos de liquidación, a la masa de gananciales no es el derecho de usufructo en sí mismo, sino su valor, por lo que no puede haber obstáculo para la transmisión del usufructo por el cónyuge sobreviviente reduciéndose el problema a conmutar su valor en la masa ganancial; que es muy difícilmente sostenible que el mismo usufructo pudiera ser objeto de adjudicación a favor de los herederos del cónyuge fallecido, salvo que se hubiera pactado expresamente al ser constituido y se excluyese la aplicación del artículo 521 del Código civil; que la liquidación de la sociedad de gananciales no es imperativa por el hecho de la muerte de uno de los cónyuges, y mientras no se efectúe es indudable que el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto tienen facultad conjunta de disposición de cualquier bien ganancial, dándose la circunstancia de que doña Josefa Forcadell era la única hija del matrimonio de don Rafael Forcadell y doña Josefa Martínez; que aun sosteniendo que el artículo 521 del Código civil no es aplicable al presente caso y que el usufructo se extingue por la muerte de uno de los titulares, lo que habrían transmitido doña Josefina Forcadell y don José María Prado sería el pleno dominio».

El Registrador informó: «que en el presente caso nos encontramos ante un usufructo de naturaleza ganancial reservado a favor de un matrimonio al que le son aplicables, al fallecer la esposa, las normas generales contenidas en los artículos 1.417 y siguientes del Código civil, referentes a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; que disuelta la sociedad conyugal se produce entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto un estado de indivisión dotado de características propias, cesando, como dice la Resolución de 9 de octubre de 1900, la representación legal que durante la existencia de la sociedad tiene el marido, que pierde a su vez la libre disposición de tales bienes mientras se practica la liquidación del caudal inventariado; que los bienes gananciales conservan su naturaleza propia mientras no se ha liquidado la sociedad conyugal, sin que puedan entre tanto confundirse con los demás bienes que integran el caudal relicto; que es criterio unánime y mantenido sin alteración por la jurisprudencia y la doctrina, que para que el viudo pueda disponer de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales es imprescindible la previa liquidación de la misma, y así lo declaran las

Resoluciones de la Dirección de 27 de enero de 1908, 9 de enero de 1915, 10 de julio de 1952, y las Sentencias de 20 de octubre de 1955 y 20 de mayo de 1957, que si bien esta última sentencia autoriza la venta si concurren el viudo y todos los herederos, aun sin haberse liquidado la sociedad, en la escritura calificada sólo comparece el viudo vendiendo el usufructo sin que se presente el testamento de la causante o el auto de declaración de herederos, por lo que es imposible sacar el número de herederos que tiene la causante, doña Josefina Martínez Sierra; que en cuanto a la remisión que hace el recurrente al artículo 521 del Código civil para fundamentar el derecho del viudo a disponer él solo del usufructo, hay que tener en cuenta que efectivamente un usufructo puede constituirse a favor de varias personas, subsistiendo el mismo hasta que fallece la última de éstas; pero el referido artículo, al igual que el 637 del mismo Cuerpo legal, se refiere a los usufructos constituidos por vía de enajenación, donde una persona extraña al matrimonio dona a ambos cónyuges el usufructo, y precisamente es en virtud del artículo 637, más que del 521, donde tiene su fundamento esta permanencia del usufructo adquirido por donación en el cónyuge supérstite; pero si la constitución del usufructo es por título oneroso, ya no son de aplicación las normas citadas, sino que seguirá la misma suerte que los demás bienes que integran el patrimonio de la sociedad, pudiendo ser adjudicado, al liquidarse ésta, al cónyuge supérstite, a un heredero o a un extraño; que de admitirse el criterio del recurrente de que el derecho de usufructo del cónyuge fallecido necesariamente ha de pasar a pertenecer al cónyuge supérstite, se daría lugar al cambio de naturaleza de los bienes, convirtiendo un bien ganancial en privativo, lo que iría contra la clasificación que se hace en los artículos 1.306 y 1.401 y concordantes del Código civil, con el consiguiente posible daño a los herederos legitimarios».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y teniendo además en consideración que de los artículos 1.417 y siguientes del Código civil se deduce la necesidad de la previa disolución y liquidación de la sociedad de gananciales para poder disponer de los bienes que la componen, y que una vez realizadas tales operaciones, la distribución del remanente líquido sólo puede llevarse a cabo entre marido y mujer o sus respectivos herederos, conforme dispone el artículo 1.426 del mismo Cuerpo legal, siendo inoperante el hecho de que el mencionado señor Forcadell, en el momento de fallecer su esposa, tuviera sólo una hija, que precisamente era titular de la nuda propiedad de aquella finca sobre la que operaba el usufructo; incluso que esa hija, como titular, a su vez, de este derecho de nuda propiedad, compareciera también en la escritura como vendedora de tal finca, ya que de este hecho no puede deducirse que dejaran de existir otros posibles herederos, que resultarían perjudicados por la disposición que había efectuado aquel señor.

Interpuesta apelación por el recurrente, la Dirección General (1) acordó revocar el auto apelado y la nota del Registrador en base a los siguientes considerandos:

*Doctrina de la Dirección.*—Para mejor entendimiento del presente recurso gubernativo conviene resumir los antecedentes de hecho, que son los siguientes: a) En los asientos registrales aparece la inscripción de la nuda propiedad a favor de doña Josefina Forcadell Martínez, por título de donación de sus padres, quienes se reservaron el usufructo vitalicio de la finca donada, e igualmente se encuentra inscrita la nuda propiedad de otro inmueble a nombre de don José Baria Prado Oller, por título

(1) VISTOS los artículos 521, 637, 1.334, 1.401 y 1.407 del Código civil; las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1944, 15 de marzo de 1945 y 20 de mayo de 1957, y las Resoluciones de este Centro de 9 de enero de 1915, 9 de febrero y 17 de noviembre de 1917, 12 de mayo de 1924 y 10 de julio de 1952.

de compraventa, constando por parte del vendedor la reserva del usufructo vitalicio para sí y para su esposa, con lo que se consolidaría el pleno dominio a favor del comprador solamente al fallecimiento de ambos cónyuges, asientos practicados en base a las escrituras de 26 de enero de 1962, autorizadas por el Notario de Cuartell. b) Fallecida la esposa del donante y vendedor, este último, juntamente con los dos nudo-propietarios, otorgan la escritura de venta de sus respectivos derechos en las dos fincas a don Vicente Fornell Gallego, y es en este acto transmisivo sobre el que pesa la nota de calificación, que suspende la inscripción de la enajenación del usufructo por el viudo, «por no haber sido objeto de la correspondiente adjudicación, previa la disolución de la sociedad de gananciales».

Al estar los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales y producir, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud, hay que partir de la base—sin entrar a examinar las cuestiones que hubiese podido plantear la escritura de 26 de enero de 1962, ya calificada por el Registrador e inscrita—de la constancia en los libros registrales de un usufructo vitalicio a favor de ambos cónyuges con derecho de acrecer al sobreviviente, por lo que fallecido uno de ellos, se cumple la previsión pactada, que da lugar al acrecimiento, y de ahí que la venta realizada por el supérstite de su total derecho será inscribible de no surgir algún otro obstáculo que pueda impedirlo.

No es necesaria la adjudicación del mencionado usufructo, previa la disolución de la sociedad de gananciales, como indica la nota de calificación, dado que al ser el usufructo un derecho temporal y generalmente vitalicio, queda necesariamente extinguido a la muerte del usufructuario y o se produce la consolidación en la persona del nudo-propietario o bien, tal como ocurre aquí, según se deduce del título constitutivo, reflejado en los asientos registrales y de acuerdo, además, con los artículos 521 y 987 del Código civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho.

A mayor abundamiento, y aun cuando ya no sería necesario, dado lo indicado anteriormente, no hay que olvidar que es reiterada doctrina de este Centro Directivo desde las ya lejanas Resoluciones de 30 de abril de 1908 y 9 de enero de 1916, afirmada igualmente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de marzo de 1945, la de que se puede disponer de bienes singulares y concretos pertenecientes a una sociedad de gananciales en liquidación siempre que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados, que agotan la plena titularidad del bien, como parece sucede en este caso, aunque al no haberse presentado en tiempo y forma los documentos que justifican esa situación, no pudieron ser tenidos en cuenta al calificar por el Registrador.

COMENTARIO.—Aunque externamente el caso de este recurso presenta similitud con el resuelto por la Resolución de 18 de junio, reseñada y comentada en anterior número de la Revista, el problema de fondo es notablemente distinto. En ambos casos se trata de la enajenación por un viudo de un bien, acaso ganancial, sin previa liquidación de la sociedad conyugal respecto de ese bien, y en ambos se daba además la circunstancia de que al fin y al cabo habían intervenido en el acto los interesados en tal liquidación. Pero fuera de esto comienzan las diferencias. Allí el problema de fondo es el de la aseveración de ser privativo un presuntivamente ganancial, hecha por herederos del cónyuge premuerto, y su posible valor probatorio o de liquidación compendiosa. Aquí el problema inicial está en la naturaleza del derecho real de usufructo y hasta dónde su esencial carácter de vitalicio dificulta su pertenencia a personas no físicas o a patrimonios en *mancomún*.

Aunque, en términos generales, hay que reconocer que hoy el concepto

romano unitario de servidumbre, que incluye el usufructo, el uso y la habitación, es un concepto doctrinal muerto, como reconocen los autores alemanes, a pesar de que el B. G. B. conserva en su sistemática (*Dienstbarkeiten*) el criterio romano, debe tenerse en cuenta que la unidad genética de usufructo y servidumbres continúa teniendo consecuencias vigentes no totalmente trasnochadas, y entre ellas el carácter personalísimo, vitalicio y casi *intuitu personae* que, en mayor o menor medida, continúan teniendo el usufructo, el uso y la habitación, paralelo al de inseparabilidad de la servidumbre (art. 534).

Las vacilaciones de las legislaciones sobre la transmisibilidad del usufructo son una prueba de esto. El B. G. B., por ejemplo, considera el usufructo intransmisible (sólo permite transmitir su ejercicio) y determina que se extingue por muerte del titular sin posibilidad de pacto en contrario. En nuestro Derecho, la doctrina y ROCA SASTRE, especialmente, han demostrado que de la coordinación de los artículos 480 y 498 del Código resulta una solución casi igual. Y en cuanto a la extinción, la colocación de la muerte del usufructuario en cabeza de las causas de extinción del artículo 513 y el que la relativa libertad de pacto en el título constitutivo del 470 quede reducida a los derechos y obligaciones del usufructuario, hace más que dudoso que este título pueda establecer plazo o condición que pueda dejar sin efecto la causa primera de extinción (2).

Las dudas sobre la extinción del usufructo constituido a favor de una persona jurídica (treinta años, cien años, cincuenta años, mientras la persona jurídica no se extinga, etc.) nos demuestran que el usufructo se desnaturaliza en cuanto se le desconecta de la vida de una persona física: su carácter vitalicio es esencial.

De ello resulta que el usufructo comienza a plantear problemas en cuanto pertenece a una comunidad, a una pluralidad de personas. KOHLER mantuvo la imposibilidad de que una comunidad matrimonial de bienes u otra mano común pudieran ser usufructuarias, y otros autores alemanes, menos drásticos y expeditivos, insisten en la imperiosa necesidad de que el título constitutivo de un usufructo concedido a una *Gesamtheit* determine si les corresponde a los partícipes sólo mientras dure la mancomunidad o si debe perdurar a favor del comunero que quede al faltar el oro, y ENNECCERUS-WOLF afirma que la interpretación del contrato llevará frecuentemente, si muere uno de los cónyuges, a que el usufructo se extinga únicamente a la muerte del supérstite, y cita expresamente, en nota a este pasaje, el artículo 521 del Código español, además del argumento de autoridad de GIERKE (3).

Pero no hay que dar por resuelto el problema del usufructo ganancial sólo porque en Alemania se acuerden de nuestro artículo 521 para resolverlo, porque hay que saber que si el artículo 521 ha pensado en el caso de que las varias personas sean dos cónyuges en régimen de gananciales dándose las circunstancias para que el derecho de usufructo se considere ganancial, y hay que saber si el que no se extinga el usufructo hasta la muerte del cónyuge sobreviviente quiere decir que hay derecho de acrecer del supérstite, que origina una titularidad privativa no sometida ni a la liquidación de sociedad conyugal ni a la herencia del premuerto, o quiere decir simplemente que el usufructo pervive hasta el fallecimiento.

(2) Las discusiones sobre la posibilidad de subsistencia del usufructo a plazo o con condición resolutoria, después de la muerte del usufructuario, creo que fueron resueltas por la Sentencia de 11 de octubre de 1919, de acuerdo con las opiniones de SÁNCHEZ ROMÁN y NAVARRO AMANDI (contrarias a la de MANRESA) y no de acuerdo con las intermedias de M. SCAEVOLA y VALVERDE, como opinó CASTÁN, porque la excepción que la Sentencia admitía (*obiter dictum*) a la necesaria extinción por la muerte del usufructuario no era la del usufructo a plazo (con pacto expreso de subsistencia después de la muerte del usufructuario), sino más bien la del usufructo sucesivo a favor de varias personas sucesivamente.

(3) ENNECCERUS WOLFF: *Derecho de Cosas*, 1937, II, págs. 68 y 96.

to del supérstite, pero que a la muerte del primero hay que someterlo a liquidación y adjudicación, como otro bien cualquiera de la sociedad conyugal; porque la verdad es que con el texto literal del artículo 521 cabe mantener ambas cosas y hay que decidirlo con otros principios más.

El problema quedó claramente abocetado en la Resolución de 9 de febrero de 1917, que tuvo el mérito de percatarse de su gravedad, pero dejó la cuestión sin resolver al declarar inscribible la compra de usufructo a costa del caudal ganancial para ambos cónyuges conjuntamente mientras ambos viviesen, y muerto uno de ellos íntegramente para el sobreviviente por su vida, ya se otorgase la compra así directamente o, como en el caso ocurría, por vía de rectificación (¿aclaración?) de una compra del usufructo hecha pura y simplemente por el marido. Y dejó la cuestión sin resolver porque la declaración de inscribibilidad la hace sin prejuzgar la calificación del Registrador sobre el contexto del asiento, a cuyo efecto reservó a los interesados recurrentes el derecho a minuta del artículo 252 (hoy 258) de la ley. En definitiva, vino a decir que durante el matrimonio, y a costa del caudal común, se puede comprar un usufructo para ambos cónyuges, incluso reproduciendo lo dispuesto en el artículo 521, pero dejó que Registrador e interesados discutiesen sobre qué debería decir el asiento en este caso, para que se supiese bien qué ocurría al morir uno de los cónyuges. Por ello es necesaria la lectura de esta interesante resolución, pues tanto nos equivoca el epígrafe-reseña del *Anuario*, que nos induce a pensar que la doctrina jurisprudencial es que los usufructos se inscriban a favor del marido comprador con la adición de las circunstancias que permitan su asignación al grupo matrimonial, como la referencia que hace CAMY a esta resolución, según la cual el usufructo comprado en los términos que dijimos es ganancial con todas sus consecuencias y no es posible su alteración por pacto (4).

Si en 1917 la Dirección dejó el problema a la discusión de Registrador e interesados, ahora ha resuelto el nudo gordiano entendiendo que estaba claro que el usufructo constituido implicaba derecho de acrecer a favor del supérstite por la totalidad del disfrute, que por eso está sustraído *ab initio* a la comunidad ganancial y no tiene que entrar en su liquidación, aunque, a mayor abundamiento, se tenga en cuenta que entre nudo propietarios y adquirentes del usufructo agotan el total de los interesados en aquella liquidación.

Es curiosa la seguridad con la que Notario y Registrador afirman que se trata de un usufructo ganancial y las diferentes consecuencias que extraen de esta calificación del usufructo. A primera vista, parece que sólo el Registrador (exigiendo las liquidaciones de la sociedad conyugal) es

(4) Otras resoluciones y sentencias citadas en el Vistos rozan menos el problema fundamental:

La Resolución de 9 de enero de 1915 dispuso que si concurren viuda y herederos sí pueden disponer de los gananciales. Parte, pues, de que el viudo solo, sin liquidación de la sociedad conyugal, no puede enajenar una finca ganancial. Y la de 27 de enero de 1906 estimó lo mismo incluso para hacer pago a un acreedor hipotecario. Estas resoluciones solamente refrendan el considerando final a mayor abundamiento.

La de 7 de agosto de 1933 estimó que inscrito un bien como ganancial no es posible rectificar el asiento por el consentimiento de ambos cónyuges, pues la mutación entrañaría donación o contratación entre cónyuges.

La Resolución de 17 de noviembre de 1917 declaró inscribible una venta judicial en autos ejecutivos seguidos contra herederos del marido deudor a pesar de ser ganancial la finca y no haberse disuelto la sociedad de gananciales en razón a ser la viuda uno de los herederos, haber sido citada y estar representada en la venta por el Juez.

La de 10 de julio de 1952 rechazó la anotación de embargo sobre finca presuntivamente ganancial, dictado en ejecutivo seguido contra el viudo por letras libradas después de serlo, aun limitándole a una mitad indivisa porque la demanda tenía que dirigirse también contra los herederos de la esposa y tomarse sobre los derechos que en la finca pudieran corresponder al viudo en la liquidación, porque disuelto el matrimonio cesa la sociedad conyugal y la representación legal del marido.

La Resolución de 19 de julio de 1950, célebre por resolver sobre la necesidad de que intervengan los legitimarios en las ventas de los albaceas, no obstante la reforma del artículo 20, 7.º, de la Ley, trata como cuestión accesoría la de si el albacea con el viudo puede enajenar una finca ganancial sin previa disolución de la sociedad de gananciales.

congruente con la afirmación de ser el usufructuario ganancial; sin embargo, la argumentación del Notario, que con tanta naturalidad armoniza el usufructo ganancial con la norma general del artículo 521 y que, aunque de pasada, nos apunta lo extraño que sería la aparición de nuevos usufructuarios (los herederos del premuerto) como consecuencia de la adjudicación por gananciales, no deja de causar impresión.

¿No será que el usufructo lleva en su propia naturaleza genético-histórica algo que le impide o, al menos, le dificulta ser ganancial? ¿Tendría razón KOHLER?

Por otra parte, es muy discutible la diferenciación que hace el Registrador entre el usufructo constituido por vía de reserva y por vía de enajenación, a efectos de aplicar los artículos 521 y 637 y, en definitiva, a efectos de determinar las consecuencias del usufructo ganancial. El título decisivo de constitución del usufructo por vía de reserva no es el de adquisición del pleno dominio por el después transmitente de la nuda propiedad. El llamado usufructo causal (el del dueño pleno en el período en que aún no ha habido separación de usufructo y nuda propiedad) es un producto de laboratorio que ha de manipularse con sumo cuidado si se quieren evitar confusiones. Si el vendedor o donante, con reserva de usufructo, ha transmitido su dominio, con todas sus naturales consecuencias, el usufructo que se reserva, en cuanto a su contenido, duración y efectos, tiene que configurarse y determinarse, en el acto de transmisión de la nuda propiedad, entre propietario y usufructuario, igual que si la constitución del usufructo se hiciese en sentido inverso (cuando el dueño se queda con la nuda propiedad). Otro problema, que en el recurso se confunde y mezcla mucho con éste, es el de que, por razón de la pertenencia del pleno dominio a una comunidad matrimonial de bienes, en el negocio de transmisión con reserva de usufructo no se permita una libre configuración de éste en razón a cuestiones de capacidad, representación, contratación entre cónyuges, donaciones entre cónyuges, inmutabilidad de régimen matrimonial, etc.

Contratación entre cónyuges, donaciones entre cónyuges e imposibilidad de capítulos, etc., después del matrimonio, lesiones de legítimas, etc. (incluso el art. 1.271, 2.º, del Código, si se quiere), si son cuestiones que hay que tener en cuenta en toda reserva de usufructo a favor de ambos cónyuges, según se trate de privativos o gananciales y según quede configurada la duración y titularidad del usufructo en el acto constitutivo de reserva.

De ahí el acierto del segundo considerando al referirse en un inciso a las cuestiones que hubiese podido plantear la calificación de la escritura de 26 de enero de 1962, en la que—por vía de reserva—quedó constituido y determinado el usufructo.

Ahora bien, aunque Notarios y Registradores saben que en esta materia late un grave problema sin desentrañar, lo cierto es que las cláusulas de reserva de usufructo son frecuentemente anodinas, muchas veces dudosas y casi siempre insuficientes, especialmente cuando en la venta o donación de la nuda propiedad se incluyen privativos, gananciales y parafernales. La gran aleatoriedad del negocio en su conjunto; la inconsciente introducción de la doctrina, de que el artículo 1.334 fue más exagerado que el Derecho tradicional castellano; la premonición de que la prohibición de las capitulaciones después del matrimonio sería derogada, etc., ha permitido que en muchas ocasiones el Registro haya admitido ventas y donaciones con reserva de usufructo que en realidad eran liquidaciones compendiosas de sociedad conyugal y herencias en vida, en las cuales la parte de haber ganancial que los esposos querían reservarse por su vida se transformaba sin dificultad en un usufructo conjunto en vida de am-

bos y sucesivo, por derecho de acrecer a la totalidad, por la vida del superviviente, del cual ya resulta inadecuado decir que es ganancial.

Cuando se constituye un usufructo a favor de ambos cónyuges cabe hacerlo de muy distintas maneras, a saber:

1. *Usufructo conjunto puro*.—Disfrute conjunto durante la vida de ambos y consolidación total a la muerte del que primero fallezca.

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

3. *Usufructo conjunto y sucesivo*.—Durante la vida de ambos es conjunto, y fallecido uno de ellos pasa totalmente al otro, no habiendo consolidación ninguna hasta el fallecimiento de éste.

4. *Usufructo sucesivo puro*.—Constituido a favor de uno solo de los cónyuges; pero para el caso de sobrevivir el otro, sucederá en el usufructo sin consolidación ninguna hasta la muerte de este sobreviviente.

5. *Usufructo ganancial*.—No hay consolidación hasta la muerte del sobreviviente; pero al fallecer el premuerto, el usufructo entra en la masa de liquidación de la sociedad conyugal, a repartir entre viudo y herederos del premuerto. Por lo difícil de su valoración en ese momento, será difícil también que la adjudicación sea otra que por mitad entre viudo y herederos.

Es posible que se nos escapen otras estructuraciones más, pero sólo pretendemos poner en guardia del cuidado que debe ponerse al constituir usufructos a favor de ambos cónyuges y demostrar que precisamente el supuesto 5 resulta el más anómalo y difícilmente querido por los interesados. Todos los supuestos enumerados son posibles, tanto si la constitución se hace transmitiendo el usufructo como si se hace por vía de reserva al transmitir la nuda propiedad, y en ambos casos el supuesto que hemos denominado ganancial puro, por la esencia personalísima del usufructo, por su necesaria vinculación a la vida de la persona o personas a cuyo favor se constituye, es el más difícil de presumir.

El Registrador, en cambio, parte de la idea de que es el que tiene necesariamente que existir cuando se hace por vía de reserva al transmitirse la nuda propiedad de una finca ganancial. Y lo cierto es que ni el Notario ni los considerandos de la resolución se esfuerzan demasiado en demostrarle lo contrario: aquél porque se limita a decir que aunque es ganancial hay que aplicar el artículo 521, y éstos porque se limitan a dar por supuesto que el usufructo reservado era del tipo que hemos llamado conjunto y sucesivo.

En mi modesta opinión, la tesis de que no era necesaria liquidación de la sociedad conyugal en cuanto al usufructo sólo puede descansar en las tajantes afirmaciones de que un usufructo nunca puede ser propia y verdaderamente ganancial, de que la finca ha salido de la masa ganancial tan pronto se vende o dona la nuda propiedad y de que el usufructo reservado no es el mismo usufructo causal ganancial que existía antes de la desmembración de usufructo y nuda propiedad, sino algo nuevo que ha de estructurarse en la misma escritura de desmembración, eligiendo entre las varias soluciones posibles de usufructo en provecho de dos cónyuges (y por las vidas de dos cónyuges). Y partiendo, además, de que en caso de falta de claridad sobre la solución elegida, la menos presumible es la última de las cinco que antes describimos.

Alargaría excesivamente este comentario desarrollar el problema, el cual, por otro lado, es difícil separar de uno relativo a las dificultades que, por otro orden de cosas, tengan todas o algunas de las posibles estructuraciones del usufructo reservado, según que la finca tuviese naturaleza privativa, parafernala o ganancial. Problemas de legítimas, de pro-

hibiciones de contratación y de donaciones entre cónyuges, etc., vienen a incidir en la cuestión. No obstante, creo que el fallo de la resolución sobre la cuestión básica es acertada, sin perjuicio de la observación que al final haremos.

Igual que en la Resolución de 1917, la Dirección ha procurado no sentar doctrina sobre el usufructo ganancial entendiendo sinceramente que no era necesario, porque el Registro era muy claro sobre la naturaleza y titularidad del usufructo de que se disponía en el documento calificado. No llega a afirmar que el usufructo sucesivo del caso es privativo o, al menos, funciona como privativo, y centra en el derecho de acrecer, en una suerte de *vis atractiva*, la explicación única de que el usufructo no haya de entrar en la liquidación.

En resumen, podemos concluir:

1. Que la resolución comentada no sienta doctrina ninguna favorable ni desfavorable a la posibilidad de que con ocasión de una venta o donación de nuda propiedad el cónyuge vendedor o donante puede constituir un usufructo en provecho de él y su cónyuge, conforme al artículo 521 (sin perjuicio de que en vida de ambos actúe el art. 1.403), según sea la naturaleza privativa, parafernial o ganancial de la finca vendida o donada, y según sea la condición del otorgante respecto del artículo 763 del Código civil.

2. Que se limita a dar por seguro que en el caso concreto figuraba inscrito, bajo la salvaguardia de los Tribunales, un usufructo de tales características a favor del supérstite, por lo que estimó innecesaria toda liquidación de sociedad conyugal, aunque el considerando final (a mayor abundamiento) nos suscite la duda de hasta dónde influía en la *ratio decidendi* la circunstancia a que se refiere.

3. Que continúa dudoso si los artículos 521 y 1.403 coordinados establecen una normativa de derecho necesario o, al menos, de derecho supletorio, aplicable a todo usufructo a favor de ambos cónyuges, de tal manera que, en principio, y salvo pacto expreso en contrario, excluyen el carácter ganancial del usufructo a favor de ambos cónyuges sin perjuicio de que su valoración deba entrar en las cuentas liquidatorias de la sociedad conyugal en algún supuesto y prescindiendo de las dificultades de esto.

4. Que ante tales dudas es imprescindible:

a) Poner especial cuidado en la redacción de las cláusulas de reserva de usufructos habida cuenta de la naturaleza de cada finca y del papel de los intervinientes por la parte donante y vendedora.

b) Replantear el problema de la reserva de usufructo «para sí y para el otro cónyuge» a la vista de la interpretación que prevalezca en torno a la admisión de capitulaciones matrimoniales *post matrimonium* de la última reforma del Código. No hay duda que la modificación de los artículos 1.319 a 1.921, dejando intactos los 1.417, 1.334, 1.458, etc., no debe ser una situación durable por suponer la vigencia simultánea de principios distintos y contradictorios, fuente de múltiples incertidumbres para terceros.

Terminaremos este comentario observando que, en mi opinión, el recurso y la resolución han dejado el rabo sin desollar, si nos atenemos a la resolución misma. La nota del Registrador suspendía la inscripción por no justificarse que don Rafael Forcadell (aunque en otro sitio se le llama José) sea titular del usufructo, ya que por ser un bien ganancial..., etcétera. Y en esto es indudable que el Registrador tenía razón. El recurso queda luego centrado en la discusión sobre si era necesaria o no adjudicación por disolución de la sociedad conyugal, y la Dirección decide que no era necesario. ¿Pero no sería necesaria ninguna otra cosa? ¿No está de todas maneras el tracto interrumpido? El Registrador, obsesio-

nado por la liquidación de gananciales, dice que sin el testamento o la declaración de herederos es imposible conocer los de doña Josefina, y el considerando final, a mayor abundamiento, no sabemos si porque fue presentado uno de tales documentos en el recurso o por qué, afirma que «parece» que el acto dispositivo se había otorgado conjuntamente por todos los interesados.

Se olvidan todos de que aunque no fuese necesaria la adjudicación por gananciales, si era necesario que la titularidad registral conjunta de don Rafael Forcadell y doña Josefina Martínez se transformase en la titularidad única de don Rafael. Del certificado de defunción de doña Josefina, del asiento registral de acrecimiento y de la posible liquidación del impuesto, en base a los números 3 ó 4 del artículo 76 del Texto refundido, se prescinde totalmente. Al morir uno de los cónyuges algo muy importante ocurre en el usufructo, que ha de pasar al Registro con todos sus requisitos registrales (y fiscales) antes que pueda inscribirse la transmisión del usufructo efectuada por el sobreviviente solo, sin perjuicio de que pueda actuar el tracto registral comprimido. Al revocarse totalmente la nota, si el Registrador inscribe, malo, porque realmente defecto había, y si alega defecto nuevo, peor.

Acaso esta observación final sea un tanto imaginaria y extemporánea, pero he tratado de dejar constancia del problema del *modus operandi* en el caso de que la Dirección estime improcedente el defecto señalado por el Registrador, pero descubra otro de silueta en parte coincidente con aquél. Creo que hay fuertes argumentos para decidirse por cierto margen de libertad del Centro Directivo para (con o sin informes para mejor proveer) revocar la nota conforme se puso y estimarla, no obstante, como hubiese sido procedente. Sin embargo, el tema requiere un estudio comparativo con la sentencia judicial en jurisdicción voluntaria y contenciosa, habida cuenta de las diferencias entre jurisprudencia registral y jurisprudencia judicial y de los casos en que la Dirección se ha movido dentro de cierto margen interpretativo de los artículos 117 (rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos), 118 (congruente con las pretensiones aducidas (y) ordenará, denegará o suspenderá la inscripción), 126 (si se resolviese que procede practicar la inscripción por no adolecer el título de defecto alguno..., etc.) y 127 (el Registrador podrá alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior, aunque se hubiese acordado la inscripción en el recurso); artículos todos ellos un tanto contradictorios y que por lo pronto han conducido a que la Dirección termine sus resoluciones con una mera revocación o confirmación de la nota, prescindiendo del texto literal del artículo 118.

T. C. G.