

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO  
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVIII

Enero 1952

Núm. 284

## La reserva de usufructo, en favor de uno o de ambos cónyuges, en las ena- jenaciones de nuda propiedad otorgada por los mismos

En el número 277 de esta Revista, correspondiente al mes de junio último, se contiene un dictamen del culto Notario, colaborador de la misma, BOLLAIN ROSALEM. Aceptando la invitación que en aquél se hace a los lectores para manifestar algún parecer contrario a los sostenidos por el autor, me voy a permitir, sin ánimo de polémica, echar en el asunto mi cuarto a espadas, dándole además, para concederle la importancia que tiene, un carácter de mayor generalidad. Con ello voy a espolvorear una añeja cuestión que no ha perdido actualidad por no haber sido aún clara ni definitivamente resuelta.

El caso sometido al dictamen de tan competente Notario fué el siguiente :

Un diligente padre de familia, amante de sus hijos (dice el autor), hizo lo que tantos otros padres españoles : «repartir los bienes entre su prole, *reservándose el usufructo para él y su esposa*». Al hijo A, añade, correspondió un lote de acciones ; al B, una finca rústica, y a los otros dos hijos, C y D, de por mitad y proindiviso, una casa.

Después que el mismo padre, a su costa, realizó ciertas obras en la casa aludida, consistentes en poner en condiciones de habitabilidad el piso alto de la misma, otorgó testamento, bajo cuya vi-

gencia falleció. En él, aparte de otras cláusulas, que no tienen interés a los fines de las presentes notas, se contiene la siguiente: «Cuarta. Mejora a su hijo B en la parte correspondiente al testador en el usufructo vitalicio del piso construido en la casa número X de la calle Z, cuya nuda propiedad, consolidable, será para los dueños de la finca, C y D.»

En el primer «hecho» del caso planteado, aunque el autor no emplee una rigurosa terminología jurídica, que sin duda postergó a la amenidad de exposición, parece que se está en presencia de un supuesto de donación de nuda propiedad otorgada por un padre en favor de sus hijos con la consabida y confusa reserva del usufructo vitalicio no sólo en favor del donante sino también de su esposa, madre de los donatarios. Así lo confirma el mencionado testamento, ya que en otra de sus cláusulas se dispensa a los hijos y herederos de colacionar donaciones anteriores.

Y puesto que el padre interviene por sí solo, sin mandato y sin el concurso de la madre, parece además que los bienes cuya nuda propiedad se dona eran del caudal privativo de aquél.

Interpretando el repetido autor la cláusula copiada del testamento demuestra con argumentos convincentes que por el simple hecho de las obras realizadas por el padre y la madre, éstos no se hacen dueños del piso construido, y que éste, por accesión, pertenece a los mismos que eran titulares de la casa, o sea, a los hijos C y D en cuanto a la nuda propiedad, y por lo que respecta al usufructo vitalicio, al padre y la madre, que se lo habían reservado, o mejor diremos, que se reservó el padre para ambos.

Muerto ya el padre, por lo que hace relación al usufructo citado, sostiene BOLLAIN el criterio, que aseguida indicaremos, y que hay que destacar, ya que en torno a él han de girar las consideraciones que aseguida haremos.

Afirma que por esa reserva se dió vida a «un usufructo de carácter conjunto (art. 521 del Código civil), establecido en favor del causante y de su hoy viuda, y no extingible hasta morir el último de los usufructuarios». Y de aquí saca la consecuencia de que el testador, por la mejora aludida, no pudo disponer de tal usufructo, ya que «al morir (dice), su viuda es la única usufructuaria de la repetida casa, porque así quedó establecido en el título de adquisición».

Voy a demostrar que esta conclusión es totalmente inadmisibles

y que si a ella llegó el dictaminador fué porque partió de una falsa premisa. Para ello es forzoso comenzar por un examen de la estructura o naturaleza jurídica de esas reservas de usufructos que de varios modos se vienen haciendo en las enajenaciones de la nuda propiedad.

El tan gran civilista como hipotecarista ROCA SASTRE, con su peculiar competencia hace un concienzudo estudio (1) de las dos formas tan usuales, por las que se establece el usufructo voluntario en los actos entre vivos, y que son: directamente o por vía de enajenación, o bien, indirectamente, por vía de reserva.

En la primera, el propietario (o titular del pleno dominio) se desprende del usufructo, lo constituye, si se quiere, por este o aquel título. No es necesario que entremos en su examen, por no interesar a los fines de estas notas.

Por vía de reserva (o sistema de retención, como le llaman otros civilistas siguiendo a PLANIOL, se produce su desglose de la propiedad cuando el dueño enajena sólo la nuda propiedad.

En este supuesto dice SOHM (citado por ROCA), no son dos los negocios jurídicos que se celebran, sino uno solo, mediante el cual se transmite la propiedad con deducción del usufructo. Es, continúa ROCA, como si en tal caso se cortara un trozo del derecho dominical (la nuda propiedad), continuando en su misma configuración la parte que subsiste en poder del anterior dueño (usufructo). No hay, como añade CASTÁN, desplazamiento en el disfrute.

Y por último sostiene el mismo ROCA que existe otro tipo mixto, entre la forma de la enajenación y la de la reserva, y es aquel en que el que enajena la nuda propiedad se reserva el usufructo para sí y dispone que a su muerte pase el mismo a otra u. otras personas. En este caso, que no es probable, dice, en la venta, sino en la donación, por el momento hay retención o reserva, y después al morir el disponente se produce una verdadera constitución de usufructo.

Completa ROCA tan interesante estudio añadiendo que la reserva o retención de usufructo puede ser explícita o implícita, según que se haga o no la pertinente manifestación formal y que la implícita no aparecerá formalmente en el Registro (ya que sólo se inscribe la nuda propiedad), sino que se desprenderá automáticamente de la

---

(1) «Instituciones de Derecho Hipotecario». Contestaciones al programa de Registradores de la Propiedad —1944—, tomo 2.º, pág. 515.

inscripción que se haga de la adquisición de dicha nuda propiedad.

En todo caso de reserva de usufructo y de acuerdo con lo mantenido por el repetido autor, es forzoso resolver o dictaminar previamente con el mayor cuidado posible si se trata en realidad de una reserva (o mejor de una retención, propiamente dicha) de buena ley, o por el contrario de una reserva impropia o de falso metal.

Si ocurre lo primero, se nos ofrecerán con gran nitidez los extremos relativos a quien sea el titular del usufructo reservado, quienes sean las personas cuya vida se tome en consideración para fijar la duración del mismo, si aparece inscrito o sólo mencionado en el Registro. Y de ello surgirá también, natural y diáfananamente, quién puede disponer de tal derecho.

En la otra impropia o falsa forma de retención de usufructo, todos esos puntos se presentarán oscuros, y a veces la confusión será debida a que los mismos interesados o sus asesores hayan tenido especial cuidado en que no se haga la luz, pretendiendo con ello dar apariencia de validez a lo que en realidad carece de ella.

Para demostrar plenamente cuanto antecede, voy a presentar los casos más frecuentes que se dan en la práctica, que quedan comprendidos en el supuesto más complejo que ofrezco a continuación.

En régimen de gananciales, el padre y la madre, en cuanto a fincas propias o privativas del uno y del otro y con relación a otras más de origen ganancial donan, por ejemplo, a sus hijos (2) la nuda propiedad de aquéllas con reserva del usufructo vitalicio.

Cualquiera que sea la terminología, siempre variada, que los interesados empleen, la reserva o retención dicha, en tales supuestos, tiene por fuerza que quedar catalogada o encuadrada en una de estas dos fórmulas o sistemas.

En la que hemos llamado propia se dirá esto o algo parecido: La donación se efectúa con la reserva del usufructo de todos los bienes donados mientras vivan lo donantes, o con la reserva del usufructo vitalicio, que no se extinguirá hasta que fallezca el último de los padres donantes de la nuda propiedad.

En este caso resultará con toda evidencia y claridad del Registro todo esto: que se trata de un usufructo vitalicio; que éste subsistirá mientras vivan los dos cónyuges donantes y también hasta

---

(2) O enajenan, en general, a sus hijos u a otra persona, para el caso es igual.

que fallezca el último de ellos; que el titular de ese derecho es el mismo a quien perteneció el pleno dominio al separarse de él la nuda propiedad, y por tanto el marido, la mujer o la sociedad o comunidad conyugal, según la finca de que se trate.

Por consecuencia de ello, si se trata de finca propia de un cónyuge, por ejemplo, del marido, y éste es el que fallece primero, el usufructo seguirá subsistiendo mientras viva su viuda, si bien quedará formando parte de la herencia de aquél hasta que se adjudique al interesado en la misma que corresponda.

Si en ese supuesto se trataba de finca de la mujer, ésta seguirá siendo titular del usufructo aun muerto el marido.

Y si se trata de finca integrante del patrimonio ganancial, o, como se dice en la práctica, de origen ganancial, el repetido usufructo por el hecho del fallecimiento de uno de los cónyuges no pierde el carácter que tenía, por consecuencia del pleno dominio de que procede por retención y por ello no «pasa» al cónyuge sobreviviente, sino que al practicarse la liquidación de la sociedad conyugal pertenecerá a la persona a quien se adjudique, bien sea dicho cónyuge supérstite u otro interesado.

¿En esta clase de reserva de usufructo, ha de entenderse que éste queda inscrito en el Registro de la Propiedad, o, por el contrario, que figura sólo mencionado en la inscripción de la nuda propiedad, dada la referencia o alusión que en ella se hace a aquél?

Este problema, suprimidas las menciones por la vigente reforma hipotecaria, sólo tiene hoy un interés retrospectivo; no obstante, como puede ilustrar algo a efectos del estudio que hacemos, lo trataré, aunque muy brevemente.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 20 de junio de 1888, consideró que se trataba de una mención de usufructo, y que por ello una vez extinguido debía ser cancelado por nota marginal, en lugar de por una inscripción de cancelación.

También algún autor lo consideró como mención, si bien tuvo que añadir que era de un carácter tan especial o excepcional que no precisaba la inscripción previa de aquel derecho, a los efectos de que pudiera después ser inscrita la enajenación del mismo.

A pesar de ello, siempre hemos creído que en tal reserva de usufructo éste quedaba inscrito en la misma inscripción en donde, antes de la enajenación de la nuda propiedad, estaba inscrito el

pleno dominio, y como un resto, puede decirse, del mismo. Por ello la mera alusión, indicación o referencia que al usufructo se haga en las inscripciones de la mera propiedad en la reserva de que se trata ni es, ni lo fué nunca, una mención propiamente dicha, ni tenía ni tiene más trascendencia que la de dejar perfilados con toda claridad los contornos de esas dos figuras o manifestaciones jurídicas, o lo que es igual, precisar la extensión del nuevo derecho que se inscribe y la del usufructo reservado. Aquí, en esta que podríamos llamar disgregación jurídica, ocurre algo parecido a los casos de segregación material de las fincas, en la que para claridad del Registro e ilustración del tercero que a él acude es preciso hoy (artículo 47 del Reglamento Hipotecario), después de inscrita como finca nueva, la segregación de un trozo, recomponer (3) en la nota marginal a la correspondiente inscripción de la finca matriz, la descripción del resto que queda, con la nueva cabida y el nuevo o nuevos linderos.

En la otra mal llamada reserva o mejor mal llamada retención de usufructo, las cuestiones estudiadas no se ofrecen con tanta naturalidad y sencillez, como demostraré aseguida:

Situémonos de nuevo ante el mismo complejo supuesto de donación de los padres a favor de los hijos de los distintos bienes de la sociedad conyugal.

Se pueden emplear y de hecho se vienen empleando en tales impropias reservas estas o parecidas fórmulas: Los donantes se reservan PARA SÍ el usufructo vitalicio de todos los bienes; o bien: Los donantes se reservan conjuntamente el usufructo de los bienes, el cual, al fallecimiento del uno acrecerá al sobreviviente, no extinguiéndose, por tanto, hasta que éste muera.

¿Puede estimarse válida tal reserva y por ello tener entrada en el Registro de la Propiedad? ¿Debe rechazarse la inscripción? Y en caso afirmativo, ¿debe denegarse sólo la inscripción de la reserva de usufructo o también la de la nuda propiedad?

Y en el supuesto de que la repetida reserva se consigne o haga constar en la inscripción de la nuda propiedad, ¿cuál sería hipotecariamente su trascendencia?

Cada uno de estos interrogantes requiere una separada, detenida y clara contestación.

---

(3) No siempre es ello posible cuando se trata de grandes parcelaciones y menos cuando llegan al Registro sin guardar el orden cronológico en que se hicieron.

No puede ponerse en duda que el usufructo puede constituirse en favor de varias personas simultánea o sucesivamente (art. 469 C. c.), y que si es vitalicio y se establece en favor de varias personas subsistirá hasta que muera la última que sobreviva (art. 521 del mismo). También es evidente que se da el derecho de acrecer en las donaciones que se otorguen en favor del marido y de la mujer conjuntamente (art. 637, ídem). Y, por último, es legalmente posible que un cónyuge, en cuanto a sus bienes propios, pueda enajenar la nuda propiedad y reservarse el usufructo vitalicio para sí o para él y un tercero que no sea el otro cónyuge. Pero todo ello es inaplicable, según demostraremos, cuando un cónyuge enajena la nuda propiedad de bienes propios con reserva de usufructo en favor de su consorte o ambos, o cuando se transmite la nuda propiedad de los llamados gananciales con la consabida reserva de usufructo para el enajenante o para ambos cónyuges y ya la reserva (cuando es en favor de ambos, tanto en uno como en otro supuesto) sea hecha en forma simultánea o sucesiva.

Las normas de nuestro Código son en esta materia tan escasas que están representadas tan sólo (4) por un párrafo diminuto de un artículo en el que se recoge, en un caso limitado de excepción, un aspecto parcial del problema. Me refiero al apartado segundo de su artículo 1.415. Por él se permite al marido hacer donaciones de bienes de la sociedad de gananciales para objetos de piedad o beneficencia, con tal de que sean moderadas ; PERO CON LA PROHIBICIÓN DE RESERVARSE EL USUFRUCTO.

La mayoría de los civilistas apenas prestan atención a esa prohibición de reserva de usufructo.

Entre los que la comentan hay algunos que no la encuentran justificada. Así ISABAL (5) sostiene que tal prohibición carece de sólido fundamento, ya que al reservarse el marido el usufructo obra no sólo en ventaja propia, sino también de la sociedad legal a la que corresponden los frutos y, por consiguiente, de la mujer.

También CASTÁN (6) la encuentra poco justificada por el mismo motivo.

---

(4) Lo de que el donante se reserve bienes para vivir, sea en propiedad, sea en usufructo, de su artículo 634, es ajeno a esta materia.

(5) «Sociedad de Gananciales. «Enciclopedia Jurídica», tomo XXVIII, página 896.

(6) «Derecho civil español, común y foral» (Notarios), 1941, tomo III, página 614, nota.

A pesar de estas tan autorizadas opiniones nos parece, y lo decimos con el natural temor de ser los equivocados, que no es lo mismo que a la sociedad de gananciales pertenezca el derecho real de usufructo de un bien, del que puede utilizar para el cumplimiento de sus fines no sólo los frutos que produzca sino consumir totalmente el precio de venta que por él obtenga, que el privarla de aquel usufructo por un acto del marido, y dejándole sólo la posibilidad de la percepción de frutos y ello sólo por el período de tiempo que tardara el titular de tal derecho en desprenderse del mismo, para lo que goza de entera libertad.

Otros autores, por el contrario, encuentran lógica la aludida prohibición.

Así SCAEVOLA (7) sostiene que el reservarse tal usufructo equivaldría a apropiarse el marido vitaliciamente, en perjuicio de su mujer cierta parte de bienes que sólo le corresponden por mitad.

También MARTÍNEZ SANTONJA (8) estima inadmisibles que en la venta por el marido (parece que quiso referirse a cualquier enajenación) de bienes gananciales se reserve aquél el usufructo vitalicio SÓLO PARA SÍ; pues ello, afirma, implica un despojo de los derechos del otro cónyuge.

Es fácil apreciar que la visión de los autores, al pretender haber encontrado el fundamento a la tal prohibición de reserva de usufructo, es bien mezquina o de poca altura jurídica, ya que sólo la centran en el posible perjuicio a los intereses de la mujer.

Si así fuera, lógica y naturalmente se habría de estimar válida la repetida reserva siempre que no pudiese redundar en perjuicio de la mujer (o del otro cónyuge). Así sucedería cuando se hiciere en favor del marido y de la mujer conjuntamente.

Por creerlo así, sin duda alguna, MARTÍNEZ SANTONJA la considera válida en ese supuesto (9).

No desdeñamos, como una razón en ciertos casos, la del posible perjuicio del otro cónyuge; pero el fundamento, común puede decirse, de la nulidad o ineficacia de estas reservas que estudiamos hay que buscarlo en consideraciones, principios o normas de un or-

---

(7) «Código civil comentado y concordado», tomo 22, pág. 355.

(8) «Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción». Valencia, 1951. (Conferencia en su Colegio Notarial.)

(9) Lugar citado, pág. 46.

den superior, los que a mi juicio están contenidos en nuestro Código civil.

Para mayor claridad hay que separar estos dos supuestos: Que la enajenación en que se reserva el usufructo se refiera a bienes privativos de uno o de ambos cónyuges o que, por el contrario, se trate de bienes gananciales.

En el primer caso, la reserva de usufructo hecha en favor de ambos cónyuges de bienes propios de uno solo de ellos (10), ya sea el usufructo en forma simultánea o sucesiva, envuelve una donación o liberalidad de carácter INTERVIVOS, prohibida por el art. 1.334 del Código civil por ser donación entre cónyuges.

Algún autor, sin embargo (11), pretende demostrar que no le es aplicable tal prohibición por entender se trata de donación MORTIS CAUSA que, por ser indirecta y por su analogía con caso del artículo 641 de dicho Código (donación con cláusula de reversión en favor del donante o de otra persona), no requiere ser refrendada en testamento; a pesar de ello, dice, que como Notario prudente aconsejaría, en su caso, la ratificación en testamento de la reserva de usufructo hecha por un vendedor, para después de su muerte, a favor de tercero.

No es posible detenernos en señalar las diferencias entre la donación INTERVIVOS y la MORTIS CAUSA (esa especie de MONSTRUO, entre los contratos y las últimas voluntades, como llamaba a ésta GARCÍA GOYENA). Hoy, después de todo, como afirma CASTÁN, la de la última clase es una institución suprimida y que está refundida en el legado (salvo en aquellas regiones en que rige como supletorio el derecho romano, como Cataluña y Navarra).

Y si nos colocamos ahora ante el segundo supuesto, o sea, el de la reserva de usufructo con relación a los bienes gananciales, nos es forzoso ante todo examinar las normas o principios fundamentales que nuestro Código civil sienta en cuanto a la que él llama sociedad de gananciales.

Esta ha de comenzar el mismo día de la celebración del matrimonio y no cesa hasta que éste se disuelve o se produzca alguna de las excepcionales causas que aquella señala (arts. 1.393 y 1.417).

---

(10) O de ambos, cuando se trate, no de «RETENCIÓN» de usufructo, sino de la que hemos llamado reserva impropia.

(11) VALLET DE GOYTISOLO: «Las ventas con reserva de usufructo, etc.». *Revista de Derecho Privado*, núm. 357. Diciembre de 1946

Ese régimen económico-conyugal no puede ser alterado después de celebrado el matrimonio (arts. 1.315, 1.319 y 1.320).

Al lado de los bienes propios, privativos o peculiares de cada cónyuge, o de ambos conjuntamente (arts. 1.396 al 1.400) coloca o reconoce la existencia de otros que llama bienes gananciales que va señalando por grupos y que, por exclusión y en términos generales (dada la presunción de su art. 1.407), puede decirse son todos aquellos que existan en el matrimonio de que se trate mientras no se pruebe o justifique que son propiedad de los cónyuges.

No es muy feliz, digamos de pasada, el nombre de «gananciales» que se da a esos bienes comunes, ya que a veces se confunden con las ganancias, beneficios, lucros o remanente líquido que puede existir al disolverse y ser liquidada la sociedad. El mismo Código, al parecer, incurre en ese error cuando dice en su artículo 1.414 que el marido no puede disponer por testamento sino de su mitad de gananciales, ya que sin duda alguna lo que quiso fué referirse a aquellas ganancias o beneficios puesto que, por un lado, ningún cónyuge tiene como copropietario ninguna mitad indivisa en los bienes de la sociedad, y, por otra parte, la disposición testamentaria hay que referirla siempre a la muerte del testador en cuyo momento, por disolverse aquella sociedad, lo que tienen tanto el marido como la mujer, es el derecho a percibir su mitad en las repetidas ganancias, si las hay. Para salvar tal inconveniente se acostumbra a llamar, en la práctica, a esos bienes, como bienes de carácter u origen ganancial.

Pues bien, a esos bienes comunes o gananciales les señala nuestra ley fundamental una alta misión a desempeñar, como es la de quedar afectos, mientras el matrimonio subsiste, al sostenimiento de la familia, educación, colocación o carrera de los hijos y, en general, al levantamiento o pago de las deudas y gastos matrimoniales.

La administración de ellos, salvo pacto, y algún caso de excepción, la otorga el Código al marido, al que concede otras facultades que rebasan las de simple administrador o gestor de la sociedad, ya que puede enajenar y obligar los bienes a título oneroso, si bien con la limitación de no contravenir a dicho Código ni causar fraude a la mujer (arts. 1.412 y 1.413). En casos muy excepcionales, que señala, le permite también disponer a título de donación o lucrativamente (arts. 1.415 y 1.343).

Dado el carácter de permanencia de la sociedad de gananciales

prohíbe pueda renunciarse a ella durante el matrimonio (arts. 1.394 y 1.418).

Los bienes gananciales son propios de la sociedad ducha y no de los cónyuges, así lo prueba el mismo Código al decir (arts. 1.392 y 1.426) que el marido y la mujer (o sus respectivos herederos) HARÁN SUYOS AL DISOLVERSE EL MATRIMONIO (o al cesar y liquidarse la sociedad) las ganancias o beneficios obtenidos, o lo que es igual el remanente que pudiere resultar después de cubiertas las atenciones y gastos familiares, lo que indica claramente que antes no tienen tales bienes (los cónyuges) particular o privativamente en su patrimonio, ni pueden apropiárselos. (Este es el criterio sentado por el Supremo en Sentencia de 22 de diciembre de 1944.)

Si a pesar de cuanto antecede se insiste en sostener la validez de esas reservas impropias de usufructo, con relación a la enajenación de bienes de carácter ganancial, tendría que llegarse por la fuerza de la lógica a reconocer posibilidad legal a todo esto: A) Que los cónyuges pueden separar o detraer del patrimonio común los bienes que crean oportunos, sin consideración al fin que deben llenar ni a los acreedores, y apropiárselos con el pretexto de un acto de enajenación de alguno de los derechos o facultades integrantes del dominio y que esto pueden hacerlo ya a virtud de un auto-contrato, cuando la reserva sea en favor del mismo enajenante, o ya en forma de donación a personal inhábil y por mediación de persona interpuesta, si la reserva es para el otro cónyuge, y a pesar de lo dispuesto en el artículo 628. B) Que esa apropiación pueden hacerla antes de la liquidación de la citada sociedad y, por tanto, antes de saberse si hay o no ganancias o lucros a repartir. C) Que por ello pueden alterar durante el matrimonio el régimen económico del mismo. D) Que pueden borrar las diferencias, que en orden a su enajenación principalmente, existen entre los bienes propios y los comunes y por virtud de ello el usufructo reservado (procedente de los gananciales) podría ya ser enajenado libremente, tanto onerosa como lucrativamente, burlando las limitaciones y prohibiciones del Código. E) Que quedarían permitidas, en tales supuestos, las donaciones entre cónyuges. F) Y, por último, permitir o dar ocasión de que al fallecimiento de un cónyuge, por virtud de las donaciones otorgadas por el mismo a su consorte, encubiertamente y en forma de las mal llamadas reservas, pudiera el sobreviviente alzarse válidamente con el santo y las limosnas, aunque sea vitaliciamente, en

perjuicio de otros legitimarios del fallecido, es desconocer la realidad e inviolabilidad de las legítimas dentro del sistema de nuestro Código. Por ello, además, creo injustificada la tacha de rígido y poco flexible que se hace a tal texto legal (12) ya que no puede perderse de vista que por formar un cuerpo orgánico tenía que ser aquí, como en todo, consecuente consigo mismo.

Como lo antes expuesto no es posible admitirlo creemos firmemente que esas reservas de usufructo impropias carecen en absoluto de validez por ir en contra de los principios fundamentales en que nuestro Código hace descansar todo el mecanismo de la sociedad de gananciales.

Al mismo resultado llegaríamos si a esa cotitularidad o titularidad ejercida conjuntamente (13), que es o representa la sociedad de gananciales, la consideramos como una sociedad *sui géneris* (14) o como una especie de comunidad de tipo germano (*Zurgesammelte Hand*) en uno de cuyos tipos se pretende, alternativamente, encuadrar de ordinario su naturaleza jurídica.

Si admitimos que de una sociedad se trata, a nadie se nos ocurriría pensar siquiera que un socio pudiera apropiarse gratuitamente, sea por acto propio o de gestión y directamente o por mediación de otra persona, de bienes de la sociedad.

Si rechazamos lo de que sea una sociedad nos encontraremos con todo esto: Que los cónyuges, como reconoce la jurisprudencia, no tienen una copropiedad de tipo romano, o por cuotas, sobre cada uno de los bienes gananciales; que según los autores (15) no cabe tampoco copropiedad o condominio sobre una *UNIVERSITAS* y que por todo ello la cotitularidad económico-conyugal hay que estimarla como un patrimonio de destino o como una especie de comunidad de tipo germánico (así lo admite nuestro Centro directivo en resoluciones de 19 octubre y 30 junio de 1927; 2 diciembre de 1929 y 12 diciembre de 1935) en cuyo aspecto los bienes pertenecen también a la colectividad o comunidad matrimonial; pero no singularmente a los individuos que la componen que tampoco tienen

---

(12) VALLET: lugar citado y CÁRDENAS HERNÁNDEZ; esta Revista, año 1946, pág. 73.

(13) GARCÍA GRANERO: esta Revista, año 1946, pág. 145.

(14) Es el criterio de muchos autores siguiendo al Código civil que le señala normas especiales y le aplica como supletorias las del contrato de sociedad (art. 1.395) y le llama además «Sociedad de gananciales».

(15) PUIG PEÑA: Tratado de Derecho civil, tomo 3.º, vol. 1.º, pág. 259.

ningún derecho ni IN ACTU, ni ideal o real sobre partes o porciones de las cosas comunes.

Por todo lo que antecede es forzoso dictaminar que esas mal llamadas reservas objeto de nuestro estudio, o reservas impropias, en los supuestos aludidos son nulas de pleno derecho y, por tanto, ineficaces. Toca ahora plantear, para intentar resolverlos, dos interesantes cuestiones de caracter netamente hipotecario ambas y que antes, también, quedaron enunciadas.

Es la una la de dilucidar si la calificación hipotecaria que realizamos los Registradores de la Propiedad debe rechazar la inscripción de las respectivas reservas y, en caso afirmativo, si la negativa a inscribir debe extenderse a la totalidad del negocio jurídico de que se trate o si, por el contrario, deberá practicarse la inscripción de la enajenación de la nuda propiedad y denegarse sólo la inscripción de la tan repetida reserva.

Nuestro Centro directivo no ha sentado aún jurisprudencia directa o concretamente sobre tal cuestión; pero tiene dictadas varias resoluciones cuya doctrina hipotecaria se ha venido tomando, por analogía, en consideración.

Nos encontramos en primer lugar la de 9 de febrero de 1917, bien conocida de Notarios, Registradores y Letrados en general, por la que se abrió de par en par la puerta de nuestros Registros de la Propiedad a un buen número de situaciones confusas.

En ella se trató de un caso de compra, por marido y mujer, de un usufructo sobre varias fincas, que habrían de disfrutar en común mientras ambos viviesen, y después, íntegramente, hasta su muerte, por el cónyuge que sobreviviere. Tenía además la escritura la particularidad de hacer constar en ella los interesados su expresa voluntad contraria a que el usufructo aludido adquiriera carácter ganancial.

Rechazada la inscripción por el Registrador, la Dirección resolvió en definitiva que era inscribible la compra «en concepto de adquisición a título oneroso» (16); pero añadió que como el Registrador se negaba a consignar en la inscripción una expresa y excluyente manifestación contraria al derecho que pudiera ostentar la comunidad conyugal, se reservaba a aquél el derecho de redactar el asiento

---

(16) Con esto rectificó lo resuelto por las de 30 de junio de 1888; 12 de diciembre de 1889; 22 de mayo de 1895, y 17 de enero de 1913.

con arreglo a su calificación, y a los interesados el suyo de pedir la minuta del asiento según el artículo 252 de la Ley Hipotecaria entonces en vigor (258 de la que hoy rige).

El principal argumento empleado por la Dirección fué el de decir que la declaración relativa al pacto de sobrevivencia citado no podía alterar por su propia virtud el carácter patrimonial del derecho constituido, ya que esos deseos y manifestaciones de los interesados consignados en las escrituras de adquisición deben subodinarsé, para los efectos del Registro, a las presunciones legales mientras no se pruebe su inaplicabilidad.

Aunque tal resolución se refiere a compras, fué tomada en consideración su tan poco convincente como tímida doctrina, y al socaire de ella fueron muchas las anómalas reservas de usufructo que tuvieron entrada en nuestros Registros.

Como tal criterio no podía prosperar, nuestro Centro directivo lo rectificó rotundamente en sus resoluciones de 13 de septiembre de 1922, 5 de mayo de 1932 y 9 de diciembre de 1943.

En la de 1932, relativa a compra de finca por marido y mujer de por mitad y proindiviso con el aludido pacto de sobrevivencia, nuestro Centro directivo confirmó la calificación del Registrador que inscribió la compra; pero denegó la inscripción en cuanto a aquel pacto.

Los fundamentos de esa resolución fueron:

Que ya se califique ese contrato con su pacto de compraventa sujeta a condición resolutoria o de donación, y ya se distinga en este aspecto la existencia de una donación *inter vivos*, en que la entrega de la cosa se reserve *post mortem*, o ya se aprecie la de una de las llamadas en Derecho romano recíprocas o compendiosas, es indudable que cae en la prohibición de los artículos 1.334 y 1.458 del Código civil (se refieren a donaciones y compras entre cónyuges), en que éstos no pueden alterar el régimen económico-conyugal constante el matrimonio.

Y en que se iría contra tan fundamentales principios asimilando el repetido pacto a una combinación TONTINA o a una sociedad particular de bienes.

Aun cuando esta doctrina jurisprudencial se refiere a compras por los cónyuges, parece indudable que los principios en que descansa sean aplicables a la repetida mal llamada reserva de usufructo. Y es más, si según ello no es legalmente permitido pretender cam-

biar el carácter patrimonial de los derechos inmobiliarios al momento de inscribirlos, con mayor motivo no debe serlo cuando en el Registro aparece ya publicado su carácter ganancial, aunque sea presuntivamente y en cuanto a tercero.

De acuerdo con lo anterior, lo que procede, a mi juicio, tanto en las reservas de usufructo de bienes gananciales como en las de bienes privativos de un cónyuge hechas en favor de ambos, es inscribir la nuda propiedad y denegar, por defecto insubsanable, la inscripción de esas reservas, si bien tomando de la escritura los datos necesarios para precisar en la inscripción la duración o tiempo de vigencia del usufructo de que se trate, dato o extremo éste que estimamos válido y que debe constar en la inscripción, entre otras razones, para conocimiento del tercero y para que no pueda después sufrir alteración en perjuicio del mismo nudo propietario.

Esta solución que propugnamos es la que cabría llamar intermedia o ecléctica, pero pudieran patrocinarse estas dos extremas.

Una de ellas la de mencionar «la reserva» en la inscripción al relacionar el negocio jurídico de que se trate, si bien luego en el «inscribo» dejar bien sentado que se deniega la inscripción de aquélla.

No nos parece aceptable tal sistema. De un lado porque no podemos admitir, a pesar de su gran autoridad, el criterio de ROCA SASTRE (17), que entiende, en términos generales, y a pesar de que no las proteja la fe pública registral, que pueden hacerse menciones enteramente superfluas o inocuas, para que luego tenga el interesado que tomarse el trabajo de pedir su cancelación (Ley, artículos 29 y 98), y de otro, con relación a este nuestro caso, por el perjuicio que ello pudiera ocasionar al principio de la fe pública registral si después en un pleito se pretendía despojar al tercer adquirente (del artículo 34 de la Ley Hipotecaria), de la presunción de buena fe por el conocimiento que de la reserva le diera aquella mención del Registro.

Lo mejor de los dados es no jugarlos.

La otra solución, también extrema, es la que puede derivarse si se aplican a estos supuestos de lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Ordenan éstos lo que ha de hacerse cuando haya que denegarse sólo la inscripción de alguna estipulación o pacto de un título, y mandan

---

(17) Obra citada, tomo 1.º, pág. 518.

que en tal caso no se consigne referencia alguna, de tal pacto, en el asiento que se practique.

Por lo antes indicado no estimo tampoco aceptable esta solución, que en nuestro caso no habría de dejar en el Registro rastro alguno del usufructo reservado, ni tan siquiera la fecha o momento de su extinción, extremo éste que interesa no sólo al nudo propietario, sino al tercero, según antes indicamos, y hasta a la seriedad de aquella institución.

Recuerdo, a este respecto, un caso ocurrido ha tiempo, que haciendo un aparte y abusando aún más de la paciencia de los que me lean, me voy a permitir contar. Es algo curioso.

Adjudicóse en una participación de herencia a un interesado el usufructo de una finca y a otro la correlativa nuda propiedad. Este inscribió su derecho, y aquél ni se preocupó siquiera de que se le expidiera su hijuela. Como en la adjudicación de la nuda propiedad no constaba nada en cuanto al usufructo, también el Registro acusó esa omisión.

Fallecido el usufructuario, el titular de la nuda propiedad (por cierto un competente Registrador) acudió al Registro de la Propiedad de M. con la pretensión de que en él se hiciese constar la extinción de usufructo y la consiguiente consolidación.

El titular de aquel Registro, otro probo e idóneo funcionario, no estimó admisible la petición por razón tan sencilla como poderosa cual la de que para cancelar en el Registro un derecho lo primero que se precisa es que en él conste inscrito o al menos mencionado.

El Registrador-interesado, con citas de GALINDO y ESCOSURA (18) (magnífica obra e insustituible en aquella época) replicaba que con la mera propiedad adquirió también el derecho al usufructo tan pronto como éste cesare; que basta este hecho para consumir su adquisición; que el mismo título que inscribió le da derecho al usufructo; que era superflua y absurda además la previa inscripción del usufructo, puesto que aquí no tiene aplicación el artículo 20 de la Ley, ya que este derecho no lo recibe del usufructuario fallecido, y que hasta podía estimarse como un placer insano el de dar vida a un derecho en el Registro para hacerlo fenecer aseguída, etc., etc. Final: Que como se trataba de dos fraternales colegas que les satisfacía, siempre que se encontraban en M. discutir plácida y dono-

---

(18) «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», tomo 3.º, pág. 135.

samente, y no pudiendo ponerse de acuerdo en vida, sucedió que el usufructo quedó sin cancelar en el Registro, o sea lo de siempre: «En casa del herrero...».

La otra cuestión hipotecaria antes aludida se refiere ya al hecho consumado de que esas tan zarandeadas reservas hayan tenido acceso a nuestros libros de inscripciones. Esto ha podido ocurrir: A) Por inercia o resabio, al no percartarse de la supresión de las menciones hechas por la nueva Ley, en términos generales, y especialmente de la supresión del artículo 7.º de la Ley anterior. B) Por error o descuido. C) Por creer debía seguirse aceptando el criterio de la citada resolución de 9 de febrero de 1917, entendiendo con una calificación benigna, que el consignarlas en el Registro carecía de trascendencia hipotecaria alguna. Es lo que en términos generales se practica de ordinario ante una imperfección del título que se cree de poca monta, y que también es frecuente que de ello no quieran darse por enterados nuestros fraternales colegas los Notarios.

¿Qué efectos produciría una de esas reservas hecha constar indebidamente en una inscripción?

Para contestar a esta pregunta es forzoso hacer unas distinciones previas.

Supongamos, en primer lugar, que el usufructo reservado quedara especialmente inscrito en favor de los cónyuges al mismo tiempo y en la misma inscripción en que lo fuera la nuda propiedad enajenada. Pues bien; siendo nula e ineficaz civilmente esa reserva antes de inscrita, seguirá siéndolo aún después de su inscripción, ya que ésta no convalida lo que es nulo (artículo 33 de la Ley Hipotecaria). A pesar de ello, por el principio de la legitimación registral (artículo 38 de la Ley Hipotecaria) y por quedar los asientos bajo la salvaguardia de los Tribunales produciendo sus efectos mientras no se declare su inexactitud (artículo 1.º de la Ley citada), tanto la reserva como el asiento en que se contenga habrían de presumirse válidos (19).

No creo pudiera estimarse adecuada en estos casos, al menos sin el concurso de los interesados, una rectificación de calificación, aun-

---

(19) A pesar de ello, nuestro Centro directivo no estimó como bienes privativos del marido el derecho de retraer que éste se había reservado con carácter «personalísimo» y a pesar de que así se había inscrito (Resolución de 31 de diciembre de 1934.)

que se la disfrazare con la fórmula de rectificación de errores cometidos en la inscripción.

De acuerdo con lo antes sentado, los actos de enajenación del usufructo que hicieren el cónyuge que se lo reservase, o ambos, en el usufructo conjunto, o el que sobreviviere, en el mismo caso, serían perfectamente válidos e inscribibles, y por ello, el adquirente, en las circunstancias del artículo 34 de la misma Ley, sería protegido por la inscripción, aunque después se anulare la reserva de usufructo.

No ocurrirán probablemente así los hechos. Lo ordinario será que esas reservas, aunque hayan tenido entrada en nuestros Registros, no hayan pasado por la que cabría llamar «puerta grande», o que, por no tratarse tampoco de una verdadera «retención» de usufructo, no ocupen el sitio que corresponde a los derechos que se inscriben, y que por todo ello aquella «averiada mercancía» no resulte protegida por el pabellón hipotecario.

En efecto, si se observan detenidamente las inscripciones adquisitivas de nuestros libros se percibirá aseguída que en ellas, aunque sean concisas (por tener que seguirse el formulario de los modelos oficiales) hay una parte en la que se emplean siempre palabras o términos casi sacramentales, como son: D. ... inscribe su título, o bien: En su virtud inscribo en favor de D. ... su derecho real de ..., etc. Esta parte del asiento es tan interesante que constituye su esencia y su razón de ser. Es la que se llama de ordinario el «acta de inscripción», y también en la jerga registral «el inscribo» o «el inscribe». Su importancia es tal que todo derecho, acto o contrato, o todo título que al «inscribo» escape puede decirse que no está inscrito. Podrá estar, si hace en la inscripción alusión a él (20), «manifestado», «referido», «indicado», «mencionado», etc., etc., pero nada más.

Lo más frecuente será que el usufructo objeto de las reservas que estudiamos conste en el Registro, no inscrito, sino meramente mencionado, dado el sistema que usualmente se sigue para constatar la reserva o retención de usufructo propiamente dicha en los asientos. A este efecto se vienen empleando esta o parecidas fórmulas: «D. ... adquirió el pleno dominio de esta finca por ..., según la inscripción X, y ahora el mismo, reservándose el usufructo vita-

---

(20) Sin estar inscrito en otros asientos anteriores.

licio (o para tal plazo) de la misma, dona, vende, etc., su nuda propiedad, etc., etc.» Y si esas repetidas reservas, que hemos calificado de nulas e ineficaces, están solamente mencionadas en las inscripciones, no tienen por ello protección hipotecaria alguna y por tanto carecen de efectos también en ese orden. La única utilidad que puede producir su mención es la de fijar la duración del usufructo; pero éste seguirá perteneciendo, según el Registro, a la misma persona o grupo patrimonial a quien pertenecía el pleno dominio en el momento de separarse de él la nuda propiedad transmitida, quienes serán por tanto los únicos que pueden realizar los actos de enajenación de aquel derecho.

Y si se estiman aceptables las conclusiones que hemos sentado y queremos ahora aplicarlas al caso dictaminado por BOLLAIN ROSALEM (donación de nuda propiedad de bienes privativos del padre a los hijos, con reserva del usufructo vitalicio en favor de él y de la madre), habrá que reconocerse por fuerza (en el caso de que la reserva estuviere sólo mencionada) que tendrá que suceder legalmente todo esto:

Que al morir el padre, el usufructo dicho no «pasa», o no acrece, o no se transmite a su viuda, sino que sigue perteneciendo a aquél, o mejor, hoy a su herencia y que por ello en la partición que se realice de la misma habrá de ser adjudicado al hijo a quien el testador lo dejó por vía de mejora. No hay que demostrar que en ese caso el usufructo subsistirá mientras viva la viuda del causante.

Contra el criterio formulado por nosotros pudiera hacerse (en el terreno civil, pues en el hipotecario carece de interés) un alegato fundado en la teoría llamada de los «Actos propios», sosteniéndose que como nadie puede ir contra sus propios actos, tampoco puede disponer del usufructo por acto posterior quien se lo había ya reservado para sí y para su cónyuge; pero esto es inadmisibile, ya que tal teoría, como reconoce la jurisprudencia del Supremo (Sentencias de 17 de abril de 1889, 13 de julio de 1892, 24 de abril de 1895 y 7 de diciembre de 1896) no tiene aplicación cuando el negocio obstructivo no es eficaz o va en contra de la Ley o no ha causado estado. Este último supuesto se dará con frecuencia en la reserva de usufructo cuando no haya aceptado el tercero beneficiado por ella.