

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

17139 *Resolución de 8 de noviembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Palma de Mallorca n.º 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de donación con definición de legítima.*

En el recurso interpuesto por don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca número 5, don Vicente Serna Martínez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de donación con definición de legítima.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Palma de Mallorca, don Jesús María Morote Mendoza, el día 31 de diciembre de 2018, con el número 1.184 de protocolo, doña C. I. D. C. «dona la nuda propiedad de las fincas descritas, reservándose el usufructo y el derecho a disponer por testamento del mismo a favor de su cónyuge, don M. R. G., a su hija doña J. M. R. D., que acepta la donación».

II

Presentada dicha escritura, junto con testimonio de cotejo expedido el día 2 de mayo de 2019 por el mismo notario autorizante, en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 5, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Diario: 146.
Asiento: 1653.

Previa calificación jurídica del precedente documento –presentado el nueve de julio del año dos mil diecinueve, justificada la autoliquidación del impuesto el 11 de abril de 2019, según carta de pago aportada–, diligencia de ratificación de fecha nueve de enero de dos mil diecinueve extendida por el Notario infrascrito y testimonio de cotejo del Notario infrascrito de dos de mayo de dos mil diecinueve, ha sido inscrito sólo en cuanto a las fincas descritas bajo los números 2 y 4, únicas radicantes en la demarcación de este Registro:

- Al tomo 6.122, libro 423, folio 109, finca 6709 de Algaida, Código Registral Único 07025000429685, inscripción 6.^a
- Al tomo 6.075, libro 411, folio 80, finca 18315 de Algaida, Código Registral Único 07025001000289, inscripción 2.^a

Se ha inscrito la nuda propiedad de dichas fincas a favor de Doña J. M. R. D., por título de donación, con definición de legítima, así como la reserva del usufructo vitalicio a favor de Doña C. I. D. C.

Además respecto de la citada finca registral 6.709 de Algaida se han cancelado los censos y alodio de la inscripción 1.^a (...).

Se ha suspendido el inciso del párrafo primero contenido en el apartado a) Donación de la letra C) Estipulaciones, que se relacionada como sigue "...y el derecho a disponer

por testamento del mismo –usufructo– a favor de su cónyuge Don M. R. G.”, por los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Dicho inciso no constituye expresamente un usufructo sucesivo entre los consortes conforme al art. 521 del Código Civil, sino que únicamente hace constar la mera facultad para disponer del usufructo tras la muerte del donante en testamento, y conforme a lo dispuesto en el artículo 513 del Código Civil “El usufructo se extingue: 1.º Por muerte del usufructuario”. No puede disponerse por testamento de un usufructo que ya está extinguido por muerte de la usufructuaria. Asimismo de conformidad al principio de especialidad registral del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, careciendo además de transcendencia real inmobiliaria, conforme al apartado 6 de este último artículo, la facultad de disposición mortis causa por testamento del usufructo a favor de su cónyuge.

La Dirección General de los Registros y del Notariado tiene declarado que adquirido por compra constante matrimonio, sólo por la esposa, el usufructo vitalicio sobre una finca, tiene éste carácter ganancial, por lo que, fallecido el esposo, su enajenación requiere la previa liquidación de la sociedad conyugal, o, en su defecto, el consentimiento de todos los interesados. De haber fallecido en primer lugar la compradora, y dado el carácter personalísimo del usufructo, éste se habría extinguido (R. 31-1-1979).

A su vez el Tribunal Supremo añade que el usufructo de disposición (figura de contornos borrosos, que faculta al usufructuario para enajenar entre vivos el bien usufructuado) no supone la adquisición, ni siquiera temporal, del dominio, ni da lugar a un derecho nuevo o distinto del usufructo. Se añade al “*ius fruendi*” un “*ius disponendi*”, pero, como resalta la mejor doctrina, este simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo no implica que el usufructo deje de ser un “*ius in re aliene*” que grava los bienes que pertenecen en nuda propiedad a otra persona (STS 3-2-1999).

Contra esta calificación podrá (...).

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Vicente Serna Martínez registrador/a de Registro Propiedad de Palma de Mallorca a 5 a día veinticinco de julio del año dos mil diecinueve.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, interpuso recurso el día 14 de agosto de 2019 mediante escrito en el que expresaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero.

En la actualidad debería haberse ya superado la vieja polémica sobre si los derechos y cargas inscribibles en el Registro de la Propiedad son un *numeras clausus* o un *numeras apenas*, y establecida como la correcta esta última alternativa. En efecto, no se trata de que solo sean inscribibles en el Registro los negocios típicos o contemplados expresamente por las leyes, sino, al contrario, todos los negocios jurídicos son merecedores de inscripción, siempre que tengan transcendencia real, salvo que se opongan a las leyes o a lo que resulte de los asientos previos del propio Registro.

Por ello, la fundamentación jurídica del reparo del Registrador está mal estructurada, por cuanto alude a que “dicho inciso no constituye expresamente un usufructo sucesivo entre los consortes conforme al art. 521 del Código Civil”, cosa que ciertamente no constituye, pero sin que eso tenga que significar, de ninguna manera, que se oponga a dicho artículo o que dicho artículo prohíba un pacto como el contenido en la escritura. No habiendo, pues, norma imperativa a la que se oponga el pacto, no hay motivo alguno para denegar su constancia registral.

Por otro lado, la reserva de la facultad de disponer del usufructo encaja con toda naturalidad dentro de lo previsto en el artículo 639 del Código Civil. En efecto, si bien dicho artículo se refiere a la posibilidad de que el donante se reserve “la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos”, siguiendo la conocida máxima jurídica de quien puede lo más puede lo menos, si el donante podría haberse reservado la facultad de disponer de todas las facultades inherentes al dominio, no se entendería que, pudiendo hacer eso, no pudiera reservarse la facultad de disponer solo de alguna o algunas de las facultades del dominio, como lo es el usufructo, o cualquier otro derecho real limitado incluido en el haz de facultades de que consta la plena propiedad.

Segundo.

Parece que el Registrador sostiene que lo que resulta contrario a la ley es la posibilidad de que se transmita un derecho extinto, sobre la argumentación de que el usufructo (salvo si es sucesivo) se extingue por el fallecimiento del usufructuario y, por tanto, no puede ser transmitido por el usufructuario mediante testamento.

Pero tal teoría es manifiestamente errónea, y, de prevalecer, haría caer por tierra toda la institución hereditaria, puesto que, dado que una vez fallecida una persona ya no es titular de ningún derecho ni obligación, sería imposible transmitirlos una vez producido su óbito. Precisamente la esencia y el sentido jurídico de la institución testamentaria se basa en que una persona puede disponer en vida la transmisión de los derechos y obligaciones de que sea titular en el momento del fallecimiento.

Siendo titular el usufructuario, en el presente caso, de un usufructo que lleva asociada, por el pacto constitutivo de dicho usufructo, la facultad de disponer del mismo en favor de cierta persona concreta, su cónyuge, no se ve motivo alguno por el cual no pueda hacerlo.

Por otro lado, la interpretación del Registrador daría lugar a que lo previsto en el artículo 639 del Código Civil (“pero, si muriere [el donante] sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado”) no incluiría el caso en el que el donante hiciese uso de la facultad de disponer mediante testamento, cosa que ni tiene amparo textual en el citado precepto ni tiene lógica o sentido jurídico alguno.

Tercero.

Quedaría, por último, un posible motivo que pudiera apoyar la denegación de la inscripción. Aunque el Registrador no alude al mismo y, por tanto, no podría introducirse ya en este momento, por la prohibición de la *reformatio in peius*, no parece ocioso hacer una consideración al respecto.

Se trata de dilucidar si el inciso cuya inscripción ha sido denegada, tiene o no trascendencia real pues, no la tuviese, no sería inscribible.

Pero la trascendencia real del inciso es evidente. En efecto, de no hacerse constar registralmente la facultad del usufructuario de disponer mediante testamento del usufructo en favor de su cónyuge, tal facultad quedaría fuera del Registro. En esa situación, si el nudo propietario transmitiese la finca, o constituyese hipoteca sobre la misma, inscrito el derecho del adquirente o del acreedor hipotecario, ya no podría ser invocado el ejercicio por parte del usufructuario de su derecho a disponer del usufructo mediante testamento, y el tercer hipotecario quedaría a salvo de esta disposición, que resultaría inefectiva.

De ahí la gran importancia que tiene, en el presente caso, que la reserva de la facultad de disponer del usufructo por parte del usufructuario tenga constancia registral, para que quede garantizada la efectividad de dicha facultad en el caso de que el usufructuario decidiese ejercitarla, pues el tercer adquirente, al adquirir, ya lo haría siendo conocedor (en virtud de la publicidad registral) de la facultad de disposición del

usufructuario, pudiendo el beneficiario de la disposición hacerla valer frente al adquirente posterior.

Cuarto.

Ciertamente, los otorgantes de la escritura podrían haber establecido, en vez de la facultad de disposición del usufructuario donante de la nuda propiedad de dicho usufructo mediante testamento, un usufructo sucesivo en favor del cónyuge, formalizando así un negocio típico (art. 521 CC). Pero no lo han hecho así porque los efectos jurídicos en ambos casos son muy distintos, puesto que el usufructo sucesivo sería un negocio con efectividad presente, mientras que la facultad de disponer del usufructo mediante testamento en favor de persona determinada es una posibilidad futura, sin efectos en el momento presente. Por otro lado, la constitución del usufructo sucesivo no sería libremente revocable por el primer usufructuario, mientras que, en tanto no fallezca, el usufructuario puede usar de su facultad por testamento y, si en un momento posterior cambia de opinión, bien puede mediante nuevo testamento cambiar sus disposiciones.

O sea, que siendo tan diferentes las consecuencias jurídicas en ambos casos, bien pueden, en el libre ejercicio de su voluntad dispositiva, los otorgantes de la escritura configurar su voluntad como mejor les convenga, sin necesidad de ajustarse a disposición alguna del Código civil, siempre y cuando no contravengan ninguna norma imperativa de este o cualquier otro cuerpo legal.

En todo caso, aunque el negocio formalizado en la escritura careciese de tipicidad legal, no carece de tipicidad reconocida por la doctrina. Así, Pedro Ávila Navarro, Notario y Registrador de la Propiedad, en su obra conocidísima y utilizadísima en el ámbito notarial "Formularios Notariales" (Ed. Bosch, 2012) contiene en su tomo II, página 621, el formulario número 30.07, que precisamente titula "Disposición mortis causa del usufructo", como reconocimiento no solo de la validez de tal pacto, sino de su uso con relativa frecuencia, especialmente, como en el caso de la escritura de que aquí se trata, en favor del cónyuge, para salvaguardar, a pesar de la donación del bien, el usufructo del cónyuge viudo en caso de darse la premoriencia del donante.

Y aunque pudiera argumentarse que Ávila Navarro solo reconoce la validez y legalidad del pacto, pero no su inscribibilidad, esta va de suyo, pues si no fuese inscribible el pacto, cualquier inscripción de derechos transmitidos por el nudo propietario e inscritos antes del fallecimiento del usufructuario primitivo, dejaría sin efectividad práctica alguna el citado pacto, como ya se ha argumentado.

Así las cosas, entra en juego con todo su vigor la Regla Sexta del artículo 51 del Reglamento Hipotecario (curiosa y contradictoriamente aludido por el Registrador en su calificación negativa para fundamentar esta), del que subrayamos lo que aquí interesa: "Sexta.—Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se luirá expresión circunstanciada de todo lo que, serán el título, determine el mismo derecho o límite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél.

No se expresarán, en ningún caso las estipulaciones cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real."

Y, como ya se ha argumentado extensamente en los párrafos precedentes, la trascendencia real del pacto es manifiestamente evidente».

IV

Mediante escrito, de fecha 21 de agosto de 2019, el registrador de la Propiedad elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 348, 392, 467, 469, 470, 480, 513, 521, 523, 594, 609, 639, 640, 647 y 1648.2.º del Código Civil; 2, 9, 11, 23, 37, 38 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 7 y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1919, 25 de junio de 1943, 2 de junio de 1952 y 27 de mayo de 2009, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1966, 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 21 de enero de 1991, 4 de marzo de 1993, 6 de marzo de 2001, 9 y 11 de julio de 2005, 4 de mayo de 2009, 14 de junio de 2010, 21 de diciembre de 2011, 19 de diciembre de 2013, 10 de abril de 2014, 25 de febrero de 2015, 18 de febrero de 2016, 17 de abril de 2017, 24 de enero y 8 de noviembre de 2018 y 8 y 9 de agosto y 3 y 23 de septiembre de 2019.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura mediante la cual la propietaria de determinadas fincas dona a su hija la nuda propiedad de aquellas, reservándose a favor de su esposo el usufructo y el derecho a disponer por testamento del mismo.

El registrador suspende la inscripción del derecho que se atribuye a la esposa del donante para disponer por testamento del usufructo referido respecto de determinada finca porque no se constituye expresamente un usufructo sucesivo entre los consortes conforme al artículo 521 del Código Civil, sino que únicamente hace constar la mera facultad para disponer del usufructo tras la muerte del donante en testamento, y conforme a lo dispuesto en el artículo 513 del Código Civil el usufructo se extingue por muerte del usufructuario.

2. La cuestión planteada ha sido abordada recientemente por este Centro Directivo en Resoluciones de 8 y 9 de agosto y 3 y 23 de septiembre de 2019, cuya doctrina debe reiterarse en este recurso.

Con base en el criterio de «*numerus apertus*» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de trascendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. artículos 392, 467, 470, 523, 594 y 1648.2.º del Código Civil) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «*erga omnes*» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras).

Concretamente, respecto del usufructo, este Centro Directivo ha afirmado «que nuestro derecho acoge y ampara el principio de la autonomía de la voluntad en la configuración de los derechos reales, especialmente de los tipificados, salvo las concretas limitaciones que emanan de normas imperativas o de la propia estructura del derecho real afectado, lo que se traduce en el asentamiento y el reconocimiento del postulado de la libre configuración y desenvolvimiento de un derecho real típico, como es el usufructo, y por ello de las distintas titularidades que concurren en torno al gravamen usufructuario, sea éste único o plural, sucesivo o simultáneo, puro o expectante o condicional, sin más límite que la concurrencia de una causa justificativa, es decir, que obedezca a una razón económica o goce de racionalidad económica, y que respete, sin desdibujarlo, el esquema o estructura básica de la institución» (Resolución de 21 de diciembre de 2011).

Es cierto que, como afirma el registrador en su calificación, según el artículo 513.1.º del Código Civil, el usufructo se extingue por fallecimiento del usufructuario. Pero este carácter vitalicio del usufructo no es esencial al mismo; no cabe entender dicha norma como estructural de tal derecho e imperativa, como resulta de la regulación legal del mismo, que admite la pervivencia de la desmembración del dominio en usufructo y nuda propiedad aun después del fallecimiento del usufructuario (cfr. artículos 467, 469, 521 y 640 del Código Civil).

Así lo ha admitido el Tribunal Supremo que, en Sentencia de 2 de junio de 1952, afirmó que «como enseña la jurisprudencia de esta Sala, el usufructo es un derecho eminentemente personal, extinguido por la muerte del usufructuario a no ser que por excepción que permite el artículo 469 del citado Cuerpo Legal el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas». También ha admitido el Alto Tribunal que en el título constitutivo del usufructo se establezca un plazo de duración superior a la vida del usufructuario, permitiendo su transmisión a otras personas (*vid.* Sentencia de 1 de octubre de 1919).

Desde el punto de vista estructural, no se ve obstáculo que impida al constituyente del usufructo disponer que en caso de fallecimiento del usufructuario no se extinga el usufructo sino que consiente la transmisión de este derecho todavía desgajado del dominio.

3. En el presente caso, también opone el registrador el principio de especialidad registral conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

Debe tenerse en cuenta que, como afirmó esta Dirección General en la Resolución de 14 de junio de 2010, en un sistema registral de inscripción, como es el nuestro, en que los asientos registrales no son transcripción del acto o contrato que provoca la modificación jurídico real que accede al Registro, sino un extracto de los mismos («expresión circunstanciada», dispone el artículo 51.6.ª del Reglamento Hipotecario, que refleje la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba), es evidente que la claridad en la redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (artículo 38 de la Ley Hipotecaria). Como ha expresado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros. Más recientemente, este Centro Directivo en la Resolución de 25 de febrero de 2015, considera que «(...) el principio de especialidad o determinación (...), según el cual sólo deben acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, exige que no exista atisbo de duda sobre los elementos esenciales del derecho real inscrito, (...), sin que el registrador pueda hacer deducciones o presunciones, ya que la oscuridad de los pronunciamientos registrales puede acarrear graves consecuencias para la seguridad del tráfico porque quien consultase los asientos del Registro no podría conocer por los datos de los mismos cuál es el alcance, contenido y extensión del derecho inscrito».

Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. El poder de configuración de nuevos derechos reales basado en la autonomía de la voluntad para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene en este sentido dos límites, uno negativo y otro positivo. En razón del primero, como señaló la citada Resolución de 14 de junio de 2010 recogiendo abundante doctrina anterior, se impone como fundamental límite «el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado». O como afirma la Resolución de 4 de marzo de 1993, y ha reiterado recientemente la de 19 de diciembre de 2013, en este ámbito la autonomía de

la voluntad «tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia “*erga omnes*” de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.».

Y en virtud del límite positivo, se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para lograr el amparo registral (cfr. artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento) en los derechos reales atípicos, por definición, no puede integrarse por la aplicación supletoria de las previsiones legales –cfr. Resolución de 10 de abril de 2014–.

4. Hechas las anteriores aclaraciones sobre la posibilidad de modalizar en el título constitutivo el derecho de usufructo ampliando la duración del mismo más allá de la muerte del usufructuario, ningún reparo existe para que, al constituirlo el donante por vía de «*deductio*», el mismo constituyente se reserve la facultad de disponer del mismo, no ya por acto «*inter vivos*» (cfr. artículos 480 del Código Civil y 107 de la Ley Hipotecaria) sino por testamento.

De lo pactado en la escritura calificada resulta que tal como ha sido configurado el derecho de usufructo reservado por la constituyente con esa facultad de disponer del mismo «*mortis causa*» se respetan los límites estructurales de todo derecho real. Y con su reflejo registral la inmediatez, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión propias de los derechos reales quedan aseguradas, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria y en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en tanto en cuanto cualquiera que sea el propietario poseedor de las fincas referidas podrá el donante no solo ejercitar el usufructo sino también el «*ius disponendi*» sobre el mismo en su testamento. Por otra parte, no puede negarse que esa misma configuración del usufructo tenga justificación (la «razón guiada» a la que se referían las Partidas respecto de las prohibiciones de disponer). Como afirma el recurrente, es lícito que la constituyente del usufructo, frente a la posibilidad de disponer con efectos de presente el usufructo sucesivo en favor de su cónyuge (*vid.* artículos 469 y 521 del Código Civil), prefiera reservarse la posibilidad de transmitir a éste vía testamentaria –y con eficacia «*erga omnes*»– el usufructo que se ha reservado al donar la nuda propiedad de las fincas referidas.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 8 de noviembre de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.