

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

Zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros por razones de defensa nacional. No es precisa la autorización militar para la adquisición de pisos por extranjeros dentro de los núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas a que se refiere la legislación especial de tales zonas (Resoluciones de 27 y 28 de marzo de 1979; «Boletín Oficial del Estado» del día 23 de abril. Y de 13 de junio de 1979; «Boletín Oficial del Estado» del día 27 de julio).

No constituye defecto la omisión de la circunstancia de estar el piso situado dentro del núcleo urbano cuando la situación física de la calle le resulta al Registrador a través de la documentación y del Archivo del propio Registro. (Resoluciones citadas de 27 y 28 de marzo de 1979).

Hechos.

A) Resolución de 27 de marzo de 1979.

Por escritura autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza el 9 de abril de 1978, don Gerolamo Tatti compró a don José María Pernas Martínez un piso del edificio sito en la calle Alcázar de Toledo, número 7, de aquella ciudad, consignándose en la citada escritura que el comprador llevaba residiendo en España más de siete años, y que por haber ejercido durante ese tiempo la profesión de mecánico, el precio lo satisfizo en pesetas, exhibiendo autorización de residencia expedida por la Comisaría de Vigo.

Presentada en el Registro de la Propiedad número dos de Vigo primera copia de la referida escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, porque aunque no se declare expresamente la condición de extranjero del comprador, del contenido de los párrafos segundo y tercero de la nota final de la cláusula tercera del otorgamiento y, a pesar de la declaración que éste hace en la comparecencia, debe deducirse tal circunstancia, por lo que no resultando acreditado haberse obtenido la autorización militar prevenida en el artículo 37 en relación con el 32, b), y del anexo II-5 del Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional de 10 de febrero último, no es posible practicar la inscripción solicitada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del mismo texto legal». «No se tomó anotación por suspensión, a pesar del carácter subsanable del defecto, por no haberse solicitado».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra

la anterior calificación y alegó: Que la nota de calificación contradice lo dispuesto en la Ley de 12 de marzo de 1975 y de su Reglamento de 10 de febrero de 1978, al que hace referencia; que las disposiciones que se esgrimen en apoyo de la nota son inaplicables, ya que todas están incluidas en el capítulo III del Reglamento dedicado a las zonas restringidas a la propiedad por extranjeros, cuyo artículo 35 dispone lo que queda fuera de su ámbito y que, en consecuencia, ante la claridad de este artículo, nadie puede dudar que cualquier extranjero puede comprar un piso en el núcleo urbano de Vigo; que el error de calificación adquirirá en nuestro caso la mayor gravedad como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 41, 3.º, del citado Reglamento, relativo a los efectos de la falta de inscripción dentro del plazo de dieciocho meses.

El Registrador informó: Que en contra de la opinión del recurrente, la aplicación a nuestro caso del artículo 35 del Reglamento de 10 de febrero de 1978 no aparece clara; que la propia redacción del citado artículo es gramaticalmente defectuosa, aumentando las dificultades de interpretación si lo enfrentamos con el artículo 38 del mismo texto; que es evidente que para la aplicación de la excepción que regula el artículo 35, dadas las circunstancias objetivas que la condicionan, es imprescindible justificar previamente que el objeto de la adquisición se halla situado en superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de población o sus zonas urbanizadas o de ensanche; que la definición de tales conceptos no viene formulada ni en la Ley ni en el Reglamento que comentamos, por lo que hay que acudir a los preceptos administrativos; que de todo ello se deduce que la excepción consagrada en el artículo 35 no puede operar automáticamente, siendo precisa una declaración concreta de su aplicabilidad en cada caso; que tratándose de una ley exclusivamente militar, la facultad para decretar tal aplicabilidad corresponderá por ello a las autoridades militares, y concretamente al Ministerio de Defensa o, por delegación, a los Capitanes Generales (artículos 81 y 82 del Reglamento); que por ello el Registrador no puede inscribir sin acreditarse previamente la oportuna autorización militar.

El Presidente de la Audiencia revocó en parte la nota del Registrador al no estimar necesaria la autorización de la autoridad militar, confirmándola con el carácter de defecto subsanable en cuanto que no se hace constar la condición de extranjero del adquirente en la escritura calificada, ni tampoco que la ciudad de Vigo no es fronteriza y que la calle donde se encuentra ubicado el piso comprado se halla dentro del casco urbano.

Tanto el Notario autorizante como el Registrador se alzaron de la decisión del Presidente de la Audiencia ante la Dirección General, que acordó, con revocación parcial del auto apelado, declarar inscribible la escritura calificada, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—«Considerando que la cuestión que plantea este recurso se reduce a determinar si la adquisición de un piso situado dentro de un núcleo urbano de una población no fronteriza, concretamente Vigo, requiere la autorización militar prevista en el artículo 37 del Reglamento de ejecución de la Ley 8/1975, sobre Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional.»

«Considerando que los artículos 16 de la Ley, así como el 35 del Reglamento, no se limitan a declarar, sin más, que la superficie ocupada por tales núcleos urbanos está excluida del cómputo de superficie máxima susceptible de adqui-

sición por extranjeros, sino que establecen en forma casi idéntica que queda fuera del ámbito de aplicación de este capítulo, y, por consiguiente, no se incluirá en el cómputo la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales, por lo que ha de entenderse que las disposiciones del citado capítulo —y no sólo, por tanto, las que se refieren a porcentaje máximo de adquisición por extranjeros y a su cómputo— son inaplicables a tales núcleos y que precisamente ésta es la causa por la que se les excluye, también, del cómputo, interpretación que igualmente se deduce, a mayor abundamiento, de los artículos 17, 2.º, de la propia Ley, interpretado "a sensu contrario", y 34, 2.º del Reglamento.»

«Considerando, en consecuencia, que al haber sido declarado por los artículos 16 de la Ley y 35 del Reglamento que quedan fuera del ámbito de aplicación de los respectivos capítulos los núcleos de que se trata, no hay necesidad de incluirlos nuevamente dentro del contenido de excepción del artículo 38 del Reglamento, ni hubiera sido lógica tal inclusión, ya que la finalidad del precepto es distinta y más reducida que la del artículo 35, por lo que procede declarar que no es necesaria la autorización exigida por el artículo 37 del mismo.»

«Considerando, respecto de la omisión en la escritura de adquisición del inmueble de la circunstancia de que la calle Alcázar de Toledo está situada en el núcleo urbano de Vigo y en la que tanto el Notario como el Registrador apelantes están de acuerdo en la irrelevancia de esta omisión —que propiamente no es tal—, ya que al hacerse constar en la misma que se ha autorizado de conformidad con el artículo 35 del Reglamento de 10 de febrero de 1978, implícitamente se colige tal situación, y dado que, además, al Registrador le consta por la documentación y Archivo del propio Registro la situación física de la mencionada calle de estar enclavada dentro del casco urbano de su distrito hipotecario circunscrito al casco antiguo de la misma ciudad, no procede estimar esta falta de aclaración como defecto.»

B) Resolución de 28 de marzo de 1979.

Por escritura de 2 de agosto de 1978 autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza, don Martín Esser Kunne, de nacionalidad alemana, compró a doña Margarita Román Serralta un piso del edificio número 152 de la avenida de Felipe Sánchez, de aquella ciudad.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Vigo número 1 primera copia de dicha escritura, fue calificada con esta nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por no acreditarse la oportuna autorización militar prevenida en el artículo 37 del Real Decreto de 10 de febrero de 1978 y 18 de la Ley de 14 de marzo de 1975 sobre Zona Militar de Costas y Fronteras. No se tomó anotación por suspensión por no haberlo solicitado.»

El Notario interpuso recurso gubernativo alegando: Que la nota que se recurre está en contradicción con el espíritu y la letra de la Ley y Reglamento que tratan de esta materia; que es cierto que el artículo 37 de este último texto legal exige determinadas autorizaciones, pero no es menos cierto que tal artículo está integrado dentro del capítulo III del Reglamento, que es de absoluta inaplicación al caso planteado, conforme al artículo 35; que la avenida de Felipe Sánchez, una de las más importantes de Vigo, está enclavada dentro de su núcleo urbano, no

teniendo en el término municipal de Vigo ningún punto de colindancia con la frontera de Portugal, que es la más próxima, ya que entre tal frontera y aquel término municipal existen otros muchos, todo lo cual es perfectamente conocido por el Registrador; que, por tanto, cualquier extranjero goza de absoluta libertad para comprar pisos en el núcleo urbano de Vigo, y éste es también el criterio del Ministerio de Defensa, ya que en escrito (cuya fotocopia se acompaña) de 13 de septiembre de 1978 el Subsecretario de este Departamento, contestando a la solicitud de autorización para adquirir dos fincas por un súbdito inglés, así lo declaró; que la importancia y gravedad del caso se pone de manifiesto al examinar el artículo 41, párrafo 3.º, del Reglamento, por lo que el otorgante, al no inscribirse su título y ser susceptible de devenir nulo, podría dudar de la competencia del Notario y exigirle la correspondiente indemnización de perjuicios a tenor del artículo 146 del Reglamento Notarial, en concordancia con el artículo 22 de la Ley Hipotecaria; que los Registradores de Galicia vienen inscribiendo títulos en casos semejantes al presente.

El Registrador informó: Que la legislación vigente ha modificado los criterios de la anterior normativa constituida por la Ley de 23 de octubre de 1935 y Reglamento de 28 de febrero de 1936, que excluía expresamente la necesidad de autorización en casos análogos al presente; que el artículo 37 del Reglamento vigente exige la autorización militar, siendo de observar que el precepto no se limita a fincas situadas fuera de poblados y no incluidas en su ensanches o zonas urbanizadas, sino que en general se refiere a fincas rústicas o urbanas sitas en zonas de acceso restringido a la propiedad; que el artículo 38 del mismo Reglamento establece excepciones a lo dispuesto en el artículo anterior, entre las cuales no figuran sino las relativas a centros o zonas de interés turístico nacional; que si se hubiera querido exceptuar de la previa autorización militar la adquisición de fincas sitas en núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas, se habría comprendido esta excepción en el artículo 38; que el hecho de que la superficie ocupada por los núcleos urbanos aludidos no deba incluirse en el cómputo del porcentaje a que se refieren los artículos 32 y 33 del Reglamento no excluye, ni siquiera tácitamente, la necesidad de autorización; que una cosa es el cómputo del porcentaje que habrá de hacer la autoridad militar a efectos de conceder o no la autorización, y otra cosa es que los Registradores puedan prescindir de la autorización misma; que la exigencia de ésta deriva, conforme al artículo 37, del hecho de estar situada la finca dentro de la zona de acceso restringido a la propiedad, esté o no situada dentro de un núcleo urbano y de no estar exceptuada expresamente por el artículo 38 del Reglamento; que el artículo 40 impone a los Notarios y Registradores la obligación de exigir el acreditamiento de la oportuna autorización militar; que a este informe se acompañan fotocopias de dos autorizaciones concedidas por la autoridad militar competente, de fechas posteriores a la del escrito del Subsecretario del Ministerio de Defensa citado por el Notario y cuya fotocopia aportó a este expediente, relativas a dos apartamentos sitos en la calle Cánovas del Castillo, de Vigo, y dimanantes de superior autoridad.

El Presidente de la Audiencia confirmó en parte la nota del Registrador, declarando que el artículo 35 del citado Reglamento no precisa para su operatividad otro requisito que el de que el Notario declare bajo su fe lo pertinente en la escritura de adquisición, pues la omisión de ambos extremos (se refiere al ca-

rácter de población no fronteriza y a la situación de la calle en núcleo urbano de población) de hecho es tanto como remitir al Registrador la apreciación de circunstancias de hecho necesarias para la inscripción y extrínsecas a la escritura, lo que, evidentemente, excede de la naturaleza y límites de la función registral; que esta interpretación del artículo 35 se fortalece con el documento, aportado por el Notario al expediente, en el que la autoridad militar declara que no es precisa la previa autorización en tales casos; que, aunque atendida su obviedad, pudiera tenerse por inoperante e inútil la mención de que la ciudad de Vigo no es fronteriza, no es así en lo que respecta a la circunstancia de que su avenida de Felipe Sánchez está enclavada dentro del casco urbano, dato que en la escritura de compraventa se omitió indebidamente, lo cual constituye una falta subsanable conforme al artículo 65 de la Ley Hipotecaria, por lo cual procede confirmar la nota del Registrador, revocándola parcialmente en el sentido de considerar subsanable la omisión del dato citado.

Tanto el Notario como el Registrador se alzaron de la resolución presidencial, y la Dirección General acordó, con revocación parcial del auto apelado, declarar inscribible la escritura, por lo siguiente:

Doctrina.—«Considerando que este recurso se plantea por el mismo Notario y con idéntica cuestión a la resuelta por este Centro Directivo en el día de ayer —27 de marzo de 1979—, y en la que se declaraba que no se requiere la autorización militar prevista en el artículo 37 del Reglamento de ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1975 para la inscripción en el Registro de la Propiedad de un piso situado dentro de un núcleo urbano de una población fronteriza, dado lo establecido en los artículos 16 de la Ley y 35 de su Reglamento que las excluye del ámbito de aplicación de las normas contenidas en el capítulo, y sin que el artículo 38 con una finalidad más reducida y que contiene una excepción a lo ordenado en el artículo 37 implique que haya de aplicarse este régimen, así como que la omisión en la escritura calificada de hacer constar la circunstancia de que el inmueble se encuentra dentro del núcleo urbano no constituya falta alguna.».

C) Resolución de 13 de junio de 1979.

Por escritura autorizada el 9 de octubre de 1978 por el Notario de Vigo don Luis Solano Aza, el súbdito portugués don Jorge Teixeira Coelho Da Silva compró a la Entidad mercantil «Inmobiliaria Los Robles, S. A.», un piso ubicado en la avenida de García Barbón, de Vigo, haciéndose constar en la escritura que dicho piso está situado en el núcleo urbano de la misma ciudad.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 1 de Vigo primera copia de dicha escritura, fue calificada con esta nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por no acreditarse la oportuna autorización militar prevenida en el artículo 37 del Real Decreto de 10 de febrero de 1978 y 18 de la Ley de 12 de marzo de 1975 sobre Zona Militar de Costas y Fronteras. No se tomó anotación por suspensión por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante entabló recurso gubernativo alegando las mismas razones expuestas en los escritos de interposición de los que motivaron las dos resoluciones anteriores.

El Registrador informó esgrimiendo idénticos argumentos a los formulados con ocasión de los recursos que provocaron las Resoluciones citadas.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador en base a una interpretación análoga a la declarada por aquél en los anteriores recursos.

Doctrina.—«La Dirección General acuerda, confirmando el auto apelado, revocar la nota del Registrador, por lo siguiente»:

«Considerando que no obstante haber sido interpuesto el presente recurso el día 30 de enero de 1979, fue recibido en este Centro con posterioridad a la fecha de publicación de las Resoluciones de 27 y 28 de marzo de este año —que decidieron idéntica cuestión a la que es objeto de controversia y entre los mismos funcionarios— y por tanto, lógicamente tanto el Notario como el Registrador no podía tener conocimiento de su contenido.»

«Considerando que en las citadas Resoluciones se declaraba que no se requiere la autorización militar prevista en el artículo 37 del Reglamento de ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1975 para la inscripción en el Registro de la Propiedad de un piso situado dentro de un núcleo urbano de una población no fronteriza, dado lo establecido en los artículos 16 de la Ley y 35 de su Reglamento, que las excluye del ámbito de aplicación de las normas contenidas en el capítulo y sin que el artículo 38, con una finalidad más reducida y que contiene una excepción a lo ordenado en el artículo 37, implique que haya de aplicarse este régimen.»

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

El problema que plantea las Resoluciones que vamos a comentar conjuntamente por establecer la misma doctrina es un problema de interpretación de una normativa que ha incidido en la contratación por extranjeros de bienes sitos en España. La periferia española, la existencia de islas y la ubicación de poblaciones en territorios colindantes con otras naciones hace necesaria una legislación que evite que aquellos puntos claves para la defensa del territorio estén en manos de extranjeros. Esta legislación constituida por la Ley de 23 de octubre de 1935, Reglamento de 28 de febrero del mismo año, Ley de 12 de mayo de 1960, Decreto Ley de 22 de marzo de 1962 y 31 de octubre de 1974 ha venido a ser sustituida, salvo las dos últimas leyes citadas, por otra de mayor densidad técnica constituida por la Ley de zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros por razones de Defensa Nacional de 12 de marzo de 1975 y Reglamento de 18 de febrero de 1978.

Verdaderamente que esta legislación, como ya apuntó con mucha ironía GONZÁLEZ PALOMINO (Apéndice navarro al prólogo en Estudios jurídicos de arte menor, 1964), nunca se caracterizó por su precisión, pues aparte de la inscripción configurada como «constitutiva» para las adquisiciones de extranjeros (Decreto Ley de 22 de marzo de 1962) en ella se distinguían a las personas naturales, a las jurídicas y a las de cualquier otra clase. La falta de aquella precisión se ha querido superar en esta ley vigente a base de tecnicismos que oscurecen la materia y pueden dar lugar a los temas que abordan las Resoluciones dichas. Cuando aun nos seguimos manejando con tres clases de fincas: rústicas, urbanas y solares, llegó la Ley del Suelo en sus diversas versiones y complicó excesiva-

mente la clasificación en la que difícilmente puede incluirse el concepto de «núcleo urbano» salvo que pensemos en una posible parcelación. Nada tiene, por ello de particular, que donde existe oscuridad se trate de poner claridad en una labor interpretativa y de aplicación del derecho o de la norma, mejor. Debemos distinguir dos puntos: la discusión y la solución.

A) *La discusión*

Puntos de vista distintos esgrimen Notario y Registrador, centrándose la discusión en la aplicación o no al caso debatido de los artículos 16 de la Ley especial y 35 del Reglamento. Antes de exponer este artículo es preciso destacar cómo el artículo 37 del Reglamento (y utilizamos el texto del Reglamento por ser un desarrollo de la ley) establece que en las zonas de acceso restringido a la propiedad quedan sujetas al requisito de la *autorización militar* la adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase, la constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas a favor de personas extranjeras y la constitución de obras o edificaciones de cualquier clase, así como la adquisición de derecho sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros. El artículo 32, de conformidad con lo establecido en los artículos 4 de la Ley, señala las zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros (insulares, peninsulares y territorios del norte de Africa). En esta disposición se señalan los porcentajes de aplicación para la adquisición por extranjeros sin que en ningún caso pueda exceder del quince por ciento.

Fijadas así las zonas y los porcentajes vienen las excepciones:

a) Dispone el artículo 35, 1.º del Reglamento que «Queda fuera del ámbito de aplicación de este capítulo y, por consiguiente, no se incluirá en el cómputo de la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de población no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales. Respecto de las futuras, se aplicará lo previsto en este párrafo siempre que consten en planes aprobados conforme a lo establecido en la legislación urbanística que hayan sido informados favorablemente por el Ministerio de Defensa, o lo hubieran sido en su día por el Ministerio Militar correspondiente.

b) Por su parte, el artículo 38, 1.º del Reglamento exceptúa de autorización militar «los centros y zonas que se declaren de interés turístico nacional en los que, conforme a lo previsto en la Ley de 28 de diciembre de 1963, se considerará concedida la correspondientes autorización militar con las limitaciones que por imperativo de la Defensa Nacional pueda establecer el Ministerio de Defensa en su preceptiva autorización previa a tal declaración».

La consecuencia de todo ello es que Notarios y Registradores deben exigir a los interesados que prueben haber conseguido la «autorización militar» cuando ello sea preciso (artículos 18 y 20 Ley y 37 y 40 Rgto.). Conforme al artículo 41 del Reglamento las adquisiciones «deberán necesariamente inscribirse» y su

falta «determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones». El juego de los porcentajes máximos autorizados ha de ser tenido en cuenta por la Autoridad militar para la concesión o no de la autorización.

Frente a todo ello y en uso de las facultades que a cada funcionario corresponde el Notario autoriza la escritura de adquisición de unos pisos situados en el núcleo urbano de Vigo a favor de un súbdito portugués, un mecánico residente y una alemana. La posición del Registrador es entender que el artículo 35 expuesto no aparece clara, pues para ello es imprescindible justificar previamente que el objeto de la adquisición se halla situado en superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de población o sus zonas urbanizadas o de ensanche, no pudiendo operar automáticamente dicha exclusión y siendo precisa una declaración concreta de su aplicabilidad en cada caso, procedente del Ministerio de Defensa o Capitanes Generales (artículo 81 y 82 del Reglamento). Aparte de ello su argumentación es que el artículo 35 no supone una excepción a la necesaria autorización, sino que es una excepción al cómputo de porcentaje que hemos visto establecen los artículos 32 y 33 del Reglamento, esto es, que la superficie ocupada por los núcleos urbanos aludidos no debe incluirse en el cómputo y que si se hubiera querido excluir de esa autorización se hubiera hecho como se hace con los centros o zonas de interés turístico nacional.

Como vemos, la discusión es interpretativa de preceptos. El artículo 35 está incluido en el Capítulo III relativo a las zonas de acceso restringido y el mismo inicia su andadura diciendo que «Queda fuera del ámbito de aplicación de este capítulo...». Si se compara este precepto con el 34 del mismo Reglamento, en el que se dan normas para «excluir» del cómputo la suma de la superficie de los diferentes pisos de un edificio y computar sólo la del solar, veremos que la tesis registral, con ser prudente, puede tener ciertos flancos débiles. A mí, particularmente, lo que me preocupa es si Vigo, donde se desarrolla el hecho que comentamos, es ciudad o no fronteriza, ya que para que lo fuera es necesario que, conforme al artículo 4 del Reglamento, esté ubicada «en términos municipales colindantes con la frontera» y, como dice el Notario, el término municipal de Vigo no tiene ningún punto de colindancia con la frontera. Si geográficamente esto es así el interés de la Resolución y su solución tiene una proyección diferente: nos servirá para otros posibles casos que se presenten, pero no para éste que escapa y convierte a Vigo en «ciudad sin ley» de zona de acceso restringido y núcleo no fronterizo.

B) La solución

La Dirección General da la razón al Notario y utiliza argumentos fundamentales: uno, es el texto literal del artículo 35 del Reglamento que excluye de aplicación del capítulo, y por tanto del cómputo, a los núcleos de población «no fronterizos». Es decir, se excluyen de las normas —de todas ellas— los núcleos de población no fronterizos y como una de sus consecuencias es que dichos núcleos quedan excluidos del cómputo. Yo encuentro irreprochable la interpretación, aunque ofrezcan ciertas dudas las precisiones de los conceptos que se manejan.

Dos argumentos más utiliza la Dirección para sacar adelante su postura. ~~Has~~

la cita del artículo 17,2 de la Ley especial, en el cual y con carácter excepcional, el Gobierno puede hacer extensivas las disposiciones del capítulo cuestionado a determinadas poblaciones «no fronterizas» o a sus zonas de ensanche y no consta que el Gobierno haya hecho uso de la excepción a la que se le faculta. Igualmente dice que no hubiera sido lógico incluir dentro de la excepción a la autorización militar que regula el artículo 38 del Reglamento referente a zonas turísticas, pues la finalidad del precepto es distinta, ya que estas zonas o centros no es que se excluyan de las zonas de acceso restringido, sino que, pudiendo estar incluidos en las mismas el otorgamiento de tales «presupone» la correspondiente autorización militar.

Otro argumento es el que se basa en el artículo 34, 2.º del Reglamento, pero como dice GARCÍA GARCÍA (Comentarios a estas Resoluciones en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1981, número 543, pág. 427 y ss.), este argumento supone un retroceso en la línea interpretativa, pues se refiere a cómputos de superficie a efectos del porcentaje máximo. Este mismo autor dice, y estoy con él, que la Dirección no utiliza un párrafo del artículo 35 que «a sensu contrario» puede ser un argumento en apoyo de la interpretación. Es el número 3 del artículo 35 cuando refiriéndose a «zonas urbanizadas o de ensanche» dispone que «quedarán sujetas a las limitaciones establecidas en el presente capítulo de este Reglamento», con lo que se explica de forma más clara lo que en el inciso primero aparece en forma más amplia.

El citado autor saca una serie de conclusiones y penetra en la legislación especial, pero que quizá aquí sea imposible desarrollar, ya que unos marginan la problemática del caso y otros explican particularmente el supuesto. Citamos los siguientes:

- Para este autor los «núcleos urbanos no fronterizos no forman parte de la zona de acceso restringido». Ello se debe a que tales núcleos son a modo de «enclaves» que jurídicamente quedan fuera de ella. La técnica de los enclaves utilizada por la legislación de montes, la de zonas de interés turístico e incluso de concentración parcelaria y legislación del suelo, puede ser una buena explicación para casos en que el supuesto de hecho así lo permita, pero en el presente caso entiendo que estimar al núcleo urbano de Vigo como enclave en la zona de acceso restringido de Galicia (artículo 32,1 b) 5 del Reglamento) es excesivo. Habría que saber previamente cuál es la zona gallega de acceso restringido para poder hablar de enclaves. De la definición de zona de acceso restringido del artículo 4 del Reglamento nada se deduce a este respecto: «se denominan zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros aquellas en que por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».
- Es importante el tema que plantea sobre el concepto del «actual núcleo urbano» relacionado con el problema de la calificación. Para él la frase «actual» ha de referirse al momento de publicación de la ley y su en-

trada en vigor, lo cual restringe la aplicación de la misma y obliga a un examen retroactivo de aquella situación, dando a la interpretación de la norma un carácter restrictivo. En lo que sí estoy con él es que la calificación registral alcanza en estos casos el dato ficticio de la «situación» de la finca lo mismo que cuando se trata de inmatriculación en base del documento público y la *ausencia de duda* de que habla el artículo 298 del Reglamento Hipotecario.

- Otro punto también importante es el plazo para hacer la inscripción, que se marca en el Reglamento «dentro de los dieciocho meses siguientes a sus respectivas fechas» y cuya falta determina la nulidad de pleno derecho. Este plazo quedará prorrogado hasta veinticuatro meses los títulos que estén pendientes de liquidación. El traer a colación este problema del plazo está en la alusión que el Notario autorizante de la escritura hace de que si no se despacha el documento sobre la base de un error calificador se produciría un perjuicio insoslayable para el adquirente. Hay argumentos que suelen utilizarse «a mayor abundamiento» que suelen ser peregrinos (peregrinar es intentar llegar a una meta) y que suelen sobrar. Era bonita la defensa del Notario, pero la estropea con «su mayor abundamiento» tratando de desconocer que el recurso suspende los plazos de presentación del documento que, si se ha hecho dentro del que marca la legislación especial, sigue vigente hasta la terminación del recurso y quince días más. En este sentido se pronuncia también GARCÍA GARCÍA.
- El carácter de «constitutiva» de la inscripción de los actos realizados al amparo y con los requisitos de la especial legislación para el autor citado parece que suponen un supuesto de tales clases de inscripciones. Es imposible entrar en este campo y volver a deslindar el concepto de la inscripción declarativa, frente a la constitutiva, la voluntaria frente a la forzosa, la necesaria, etc. Baste decir que la inscripción es requisito de validez del acto y no de eficacia.
- En una de las Resoluciones citadas (27 de marzo de 1979) la condición de extranjero del adquirente no aparece claramente y, de ahí, que el Presidente de la Audiencia estime tal omisión como defecto subsanable. El tema no se discute ni se alude por la Dirección General, ya que el mismo Registrador «induce» del otorgamiento esta condición. Al filo de esta omisión es necesario destacar cómo cuando el Notario hace alusión a un documento y «da fe» de que lo ha tenido a la vista, se resiste ante la petición del Registrador de su presentación para calificarlo, pero cuando omite una circunstancia tan esencial como la de condición de extranjero acepta la «inducción» registral. La presentación de documentos complementarios no es un capricho, ni una duda de la fe notarial, es una posibilidad de un examen de un documento que «notarialmente» puede no ofrecer obstáculos, pero que *registralmente* suponga una dificultad para la inscripción.

Enajenación de usufructo ganancial: adquirido por compra durante el matrimonio el derecho de usufructo vitalicio sobre una finca, y fallecido después el esposo de la compradora, tal derecho de usufructo tiene carácter ganancial, y su ena-

jenación exige que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique al cónyuge viudo enajenante o que presten su consentimiento a la transmisión los herederos del marido (Resolución de 31 de enero de 1979; «Boletín Oficial del Estado» de 24 de febrero).

Hechos.—Mediante escritura autorizada por el Notario de Valencia don Félix Huarte Echenique el 13 de marzo de 1951, doña Carmen y don José María Salvador Tamarit vendieron a doña Carmen Tamarit Mendingorra, asistida y con licencia de su marido don Luis Orient Sánchez el usufructo vitalicio de una finca situada en la vega de la ciudad, Cuartel de Patraix, partida del Zafranar, de 83 áreas, 10 centiáreas y 90 decímetros cuadrados, siendo inscrita en el Registro de la Propiedad; por escritura autorizada por el Notario don Joaquín Sapena Tomás el 11 de julio de 1976, doña Carmen Tamarit Mendingorra, viuda de don Luis Orient Sánchez, respecto a su referido derecho de usufructo y don José María y doña Carmen Salvador Tamarit, en cuanto a la nuda propiedad que les pertenecía por mitades indivisas, vendieron a la Compañía mercantil «J. Alegre, S. A.», el pleno dominio de una parcela de tierra, que en el mismo título se segregaba de la finca reseñada anteriormente.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito este documento en este Registro de la Propiedad de Valencia número dos, sólo en cuanto a la transmisión de la nuda propiedad en el tomo 1.748, libro 283 de Afueras 4.ª, folio 209, finca 30.280, inscripción 1.ª de segregación y venta. Suspendida la inscripción en cuanto a la transmisión del usufructo por el siguiente defecto:

Constando en el Registro, al folio 5 del tomo 336 de Afueras, inscripción 3.ª, de fecha 22 de mayo de 1951, inscrito el derecho como adquisición por precio durante el matrimonio, sin justificación ni alegación alguna sobre su posible carácter privativo, forzosamente tiene que considerarse como de titularidad ganancial, y por tanto, el cónyuge viudo carece de facultades para vender los bienes gananciales mientras no pierdan este carácter por la liquidación de la sociedad y la consiguiente adjudicación, según doctrina reiterada, Resoluciones de 22 de julio de 1910, 9 de enero de 1915, 15 de febrero de 1915, 2 de agosto de 1965. Sí que procede por el sobreviviente y herederos del premuerto: Resoluciones de 30 de abril de 1908, 9 de enero de 1916. Sentencia de 15 de marzo de 1945. Todo ello responde claramente a las exigencias del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y concordantes de un tracto sucesivo de titularidades, formal o abreviado, de las transmisiones. Sin que podamos entender que el carácter especial del derecho de usufructo pueda considerarse como base para una excepción de la aplicación de esta doctrina general, y aún más en este caso concreto, en el que, al enajenar el usufructo junto con la nuda propiedad, dicho derecho pierde su carácter personalísimo, al consolidarse el pleno dominio y se transforma en una parte del precio, sobre el que pueden existir posibles interesados, que no constan.

Este defecto se considera subsanable y esta nota se practica de acuerdo con el presentante y mi cotitular según los artículos 435 y 485 del Reglamento Hipotecario. No se toma la anotación preventiva prevista en el número 9 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria por no haberse solicitado. Puesta nota de afección a plusvalía».

El Notario autorizante del documento interpuso recurso contra la anterior calificación, haciendo las siguientes alegaciones: que como fundamentos legales deben citarse los artículos 469, 480, 513, 658 y 1.418 y siguientes del Código civil; que en cuanto a la jurisprudencia, los textos legales son tan claros y contundentes que no hay declaración jurisprudencial que los desvirtúe o interprete de modo distinto a lo que resulta de su letra; que en cuanto a las resoluciones y sentencias que cita la nota, no son de aplicar a nuestro caso por referirse a supuestos distintos; que nuestro caso no se hubiera planteado si el usufructo estuviera inscrito sin más a nombre de doña Carmen Tamarit, o bien no hubiera estado casada al tiempo de su adquisición, surgiendo el problema al poder existir derechos al usufructo de otras personas como consecuencia de su adquisición durante el matrimonio a título oneroso y sin alegación ni prueba de un posible carácter privativo; que por lo que al Registro respecta, nos encontramos en situación similar a la del usufructo adquirido conjuntamente por los cónyuges, pues así, a nombre de ambos, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, debe constar inscrito, aunque la nota no lo diga; que aun partiendo de este supuesto hemos de rechazar la nota registral denegatoria por varias razones: que al fallecer don Luis Orient se extinguió su derecho de usufructo, ya se considerase como parte de una titularidad conjunta, solidaria, por cuotas o de cualquier otra clase (artículo 513, 1.º), sin transmisión a sus herederos (artículo 658), por lo que no podía entrar en la división de los gananciales (artículo 1.426), quedando como única titular del usufructo doña Carmen Tamarit, cualquiera que fuese la entidad del mismo, por lo cual al enajenarlo a «J. Alegre, S. A.», como podía hacer (artículo 480), al adquirir la Sociedad la nuda propiedad de pleno derecho se produjo la extinción del usufructo (artículo 513, 3.º); que el carácter privativo o ganancial no altera la naturaleza del usufructo de vitalicio e intransferible por muerte a un derecho transmisible a los herederos; que con la tesis que se mantiene no se conculca el principio del tracto sucesivo que por su propia esencia requiere que haya sucesión y que esa sucesión se refleje en el Registro, puesto que en el usufructo vitalicio la muerte del titular produce la extinción del derecho.

El Registrador informó: que no hay duda de que el usufructo puede constituirse a favor de una o de varias personas, simultánea o sucesivamente (artículo 469), pero que lo que no está tan claro es que esto es lo que se hizo en la compra a favor de doña Carmen Tamarit, casada con don Luis Orient Sánchez, pues la inscripción se practicó a nombre de ella; que según el artículo 659, el derecho de usufructo constituido por compra a favor de doña Carmen Tamarit, se extinguirá —y así consta en la inscripción— por la muerte de la usufructuaria, y como esta señora vive aún, este precepto no es aplicable a nuestro caso; que, así, pues, no es aceptable la declaración del fedatario de que los textos legales son tan claros y contundentes, que no dejan lugar a dudas en relación con nuestro caso; que no es exacta la afirmación de que las sentencias y resoluciones citadas en la nota no son de aplicación en este caso por tratarse de supuestos de derechos transmisibles por causa de muerte, porque, si la aplicación del artículo 659 excluiría el derecho de usufructo de la herencia de doña Carmen Tamarit solamente y esta señora vive, habrá que entender que los antecedentes jurisprudenciales alegados en la misma, todos ellos referidos a la disposición de bienes y

derechos gananciales, sí que son aplicables a nuestro caso; que existen algunas resoluciones que más o menos directa o indirectamente tratan la cuestión debatida; así la Resolución de 9 de febrero de 1917, en la que admite claramente la calificación como gananciales de las adquisiciones de derecho de usufructo configuradas de distintas formas, pero en que la condición de ganancial no está determinada por las características del derecho y sí por el carácter de la adquisición; que de la Resolución de 10 de julio de 1975 se puede deducir que el Centro directivo, en el caso de no figurar inscrita la previsión del usufructo vitalicio con derecho de acrecer al sobreviviente, hubiese aplicado la doctrina que defiende la intervención conjunta del sobreviviente y herederos del muerto; que hay que rechazar la tesis del recurrente de que en nuestro caso nos encontramos en situación similar al de la adquisición conjunta por ambos cónyuges, ya que la inscripción de la finca no consta en los términos exactos del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, sencillamente por ser anterior a la reforma del Reglamento, que estableció la fórmula tal como ahora se utiliza, aunque esto es intrascendente para determinar el alcance y consecuencias de esta titularidad conjunta ganancial y su distinción de la que resulta por adquisición del usufructo por personas distintas (artículos 469 y 521 del Código civil); que el propio recurrente parece que implícitamente reconoce una diferencia de fondo entre las adquisiciones de usufructo conjuntas por varias personas, y las realizadas por uno de los cónyuges, sin acreditar el carácter privativo del precio; que don Luis Orient adquirió cierta titularidad sobre el usufructo comprado por su esposa por precio no privativo, aunque es difícil determinar el alcance de esta titularidad; que la generalidad de la doctrina y jurisprudencia acepta la teoría de la llamada comunidad en mano común o *gesmánica* que implica la inexistencia de cuotas sobre los bienes comunes, de forma que hay una titularidad que lleva consigo una participación sobre el conjunto de bienes o derechos referida al momento de la disolución y liquidación; que siguiendo la tesis del recurrente, en determinados casos podrían eludirse las disposiciones prohibitivas de contratación y donaciones entre cónyuges, desamparándose a los herederos legítimos al tiempo que se produciría un evidente fraude fiscal; que respecto a la afirmación del recurrente de que su tesis no conculca el principio de tracto sucesivo, ha de considerarse que la titularidad de doña Carmen Tamarit, al ser consecuencia de una compra durante el matrimonio, no es una titularidad apta para disponer; que al morir uno de los cónyuges algo trascendente ocurre, que tiene que reflejarse en el Registro, so pena de interrumpir el tracto; y que el Registrador se encuentra ante un título de disposición que no puede inscribir salvo que se justifique la liquidación previa de los gananciales y consiguiente adjudicación al viudo, o la intervención en el acto de disposición de los herederos del muerto, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones concordantes.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

El Registrador apeló contra dicha resolución. Y la Dirección General confirma la nota del Registrador basándose en los siguientes Considerandos:

Doctrina.—«Que inscrito un derecho de usufructo vitalicio, comprado durante el matrimonio por la mujer a costa del caudal común, la cuestión que plantea

este recurso es la de sí —y teniendo en cuenta que el marido ha fallecido— puede inscribirse la escritura calificada en la que comparecen como vendedores los dos nudo-propietarios y como usufructuaria la viuda, agotando entre los tres la íntegra titularidad del inmueble, según sostiene el Notario autorizante, o por el contrario se precisa la previa liquidación de la sociedad conyugal o al menos el consentimiento de los herederos del marido, tal como sostiene el funcionario calificador.»

«Que de una parte el carácter vitalicio unido al de personalísimo que tradicionalmente se atribuye al derecho de usufructo, y de otra, la naturaleza «sui generis» de la sociedad de gananciales, como comunidad de tipo germánico y que no aparece dotada de una personalidad jurídica independiente de la de los dos esposos, origina que al ponerse en relación ambas instituciones se planteen complejos problemas jurídicos de no fácil solución, y en cuyo estudio y tratamiento no se muestra concorde la doctrina así como tampoco es unánime el parecer de la jurisprudencia.»

«Que como antecedente previo que exige ser examinado para resolver este recurso está el relativo a la naturaleza privativa o ganancial del usufructo vitalicio comprado por la mujer con licencia de su esposo, y aunque tanto el Notario como el Registrador están de acuerdo en este punto acerca de su carácter común, la cuestión no es tan pacífica como a primera vista pudiera parecer y por eso ofrece un gran interés al tratar de desentrañarla a fin de determinar si el carácter personalísimo del derecho de usufructo ha podido incidir de alguna manera en la naturaleza de este bien.»

«Que, en efecto, un sector doctrinal entiende que debido a esta especial naturaleza del derecho de usufructo no cabe que pueda ser configurado como ganancial, sino siempre como privativo, tesis que, según estos autores, se fundamenta en su cualidad de intransmisible, para lo que no es obstáculo el contenido de los artículos 480 y 498 del Código civil que mantienen según esta opinión el principio de intransmisibilidad, y lo único que permiten es la enajenación de su contenido económico, y que se refleja con claridad en el artículo 1.403 del mismo Cuerpo legal cuando indica que el usufructo vitalicio o perpetuo forma parte de los bienes propios del cónyuge titular del mismo.»

«Que no obstante el carácter personalísimo y en consecuencia intransmisible que el usufructo tenía en el Derecho romano, y que se recoge hoy día en el B. G. B., aparece fuertemente contestado por la doctrina moderna e igualmente por una serie de legislaciones que admiten la posibilidad de transmisión de este derecho, entre ellas la legislación española, que autoriza su enajenación —artículo 480 del Código civil—, así como su hipotecabilidad —artículo 107 de la Ley Hipotecaria—, sin que sea aceptable la tesis restrictiva expuesta en el considerando anterior, ya que los términos en que aparecen expresados ambos preceptos legales se refieren claramente al propio derecho de usufructo, y lo mismo en cuanto al artículo 1.403 del Código civil —que tiene su precedente en el 1.322 del Proyecto de 1951— y que al igual que el artículo 1.402 se refieren a derechos que ya pertenecían al cónyuge antes de contraer matrimonio, y que, por tanto, tenían ya el carácter de privativo.»

«Que reconocida la naturaleza ganancial que tiene el usufructo discutido se replantean con más intensidad una serie de cuestiones que aparecen conectadas

con todos aquellos supuestos en que el titular es exclusivamente una sola persona física, en cuanto que este usufructo va a pertenecer a una sociedad «sui generis» que por carecer de personalidad jurídica independiente de la de sus socios, no le es aplicable la causa de extinción que para las personas jurídicas establece el artículo 515 del Código civil, sino por el contrario la número 1 del artículo 513, o sea, la muerte del «usufructuario» que al reafirmar el carácter vitalicio como tan esencial, induce a la doctrina antes mencionada a estimar la imposibilidad de que una comunidad de bienes de tipo germánico pueda ser usufructuaria y considera esta circunstancia como un argumento más a favor de su tesis de que el derecho de usufructo no puede ser más que privativo.»

«Que, sin embargo, en nuestro Derecho puede cohonestarse el carácter vitalicio del usufructo con la sociedad de gananciales, ya que en este caso —como cuando, fuera de la sociedad de gananciales, un usufructuario enajena su derecho de usufructo en todo o en parte (artículo 480 del Código civil)— no queda alterado el contenido del derecho, y por tanto: a) si fallece el cónyuge que adquirió el usufructo, y a cuya vida está unida la existencia de este derecho, quedará extinguido el mismo de acuerdo con el número 1 del artículo 513 del Código civil y consolidarán los nudo-propietarios el pleno dominio siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal; b) si el que fallece es el cónyuge del que adquirió el usufructo —como sucede en nuestro caso— este derecho real sigue subsistiendo hasta tanto no fallezca el otro esposo, circunstancia que determinará su extinción.»

«Que al no estar constituido el usufructo en favor de varias personas simultáneamente, tal como autoriza el artículo 469 del Código civil, no tiene lugar el acrecimiento a que se refiere el artículo 521 del mismo Cuerpo legal, así como tampoco ha existido el pacto de acrecimiento entre los esposos inscrito en el Registro, como sucedió en el supuesto de la Resolución de 10 de julio de 1975, sino que por el contrario se trata de la adquisición por una única usufructuaria, con la particularidad de que dicha compra, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 1.401, tiene el carácter de ganancial, lo que hace necesario que a la muerte del otro esposo se requiera o que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique el bien en la forma que estimen todos los interesados, o que al menos consientan los herederos del marido en la transmisión operada.»

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

El problema que suscita la presente Resolución es si un usufructo adquirido durante el matrimonio por la mujer a costa del caudal común, puede ser enajenado, concurriendo los nudo propietarios, pero habiendo fallecido el marido de la usufructuaria. El problema se sitúa entre los años 1951 en el que se adquiere el usufructo y el año 1976 en que se dispone del mismo. Son datos cronológicos que sirven para encuadrar legislativamente el supuesto y aplicar una u otra norma.

Recuerdo haber leído hace tiempo un artículo muy ponderado del que fue Director General de los Registros y del Notariado, ESCRIVÁ DE ROMANÍ («Actos dispositivos realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil», Revista Derecho Notarial, 1967) y sobre todo el Dictamen sobre «Impugnación de actos realizados por el marido sobre bienes gananciales en fraude de la mujer»

(A. D. Civil, 1956, pág. 918), en los que se denunciaba la posibilidad de un fraude a través de los actos realizados por el marido «sustituyendo bienes gananciales en pleno dominio, por derechos reales de usufructo en favor del marido y sobre su vida o en favor de la sociedad de gananciales, pero extinguiéndose con la vida de aquél». Ofrezco el problema ya que, en forma indirecta, el tema incide en el supuesto que contemplamos que no es de fraude, sino de encuadramiento del usufructo como derecho personalísimo y de carácter vitalicio, que puede o no sustraerse a esa regla general de que lo adquirido por cualquiera de los esposos a costa del caudal común deja de ser ganancial por suponer un derecho personalísimo. Por ello creo que cabría distinguir en este comentario el tema del carácter del usufructo adquirido y los requisitos para su posible enajenación posterior, aunque sólo esta última cuestión es la que se dilucida en la Resolución.

A) *Naturaleza de la adquisición de un usufructo*

En el año 1951, cuando se adquiere el usufructo por la esposa, asistida y con licencia de su marido, no estaba vigente la reforma del año 1958 del Código civil del artículo 1413 ni la de los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, luego la adquisición de dicho usufructo se practicó a nombre de la esposa, aunque sobre ella pesaba la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del C. c.

Creo que una cosa es el «derecho personalísimo», pongo por ejemplo el derecho de autor o sobre la propiedad intelectual, y otra el derecho de disfrutar una cosa durante la vida de una persona. En el primer caso estamos ante un derecho emanado de la personalidad de un sujeto que «crea y ejecuta» una obra y en el segundo de un derecho limitado en el tiempo por el plazo de la vida humana. El que el usufructo sea «vitalicio» en el sentido de un derecho que «dura» lo que la vida humana de su titular tenga, no quiere decir que sea personalísimo, sino limitado a un plazo incierto, pero que ha de cumplirse. Durante ese plazo de «duración» del derecho no quiere decir que la titularidad deba pertenecer en exclusiva al adquirente, sino que puede ser una titularidad compartida, pero limitada al efecto extintivo de la vida del adquirente. El derecho de usufructo es de la sociedad de gananciales, por el juego presuntivo del artículo 1.407 del C. c., pero se extingue por la muerte del cónyuge titular de la adquisición. Este era el aspecto de denuncia que hacía ESCRIVÁ DE ROMANÍ con esos cambios de propiedad por derechos de usufructos que, sin dejar de ser gananciales, se extinguían por fallecimiento del cónyuge adquirente. Es como si el derecho de hipoteca lo adquiere un cónyuge y se fija como plazo de duración del mismo para satisfacer la obligación la duración de la vida del adquirente de la hipoteca. Quizá en este caso influiría el principio de determinación y la seguridad del tráfico jurídico, pero no cabe duda que en cualquier otro derecho podría establecerse esa cláusula y, por ello, el derecho no se convertiría en personalísimo.

Entiendo que esta es la línea que acepta la Dirección General que, apuntando en uno de sus Considerandos, que tanto el Notario como el Registrador están de acuerdo acerca del carácter común del usufructo, llega a la demostración de esta afirmación. Cita uno de sus considerando (el cuarto) que un sector doctrinal entiende que no puede ser considerado como ganancial el usufructo, sino que siempre es privativo sobre la base de ser un derecho intransmisible, pues los

artículos 480 y 498 lo único que permiten es la «transmisión del contenido económico» como también refleja el artículo 1.403 del antiguo Código civil al entender que el mismo forma parte de los bienes propios del cónyuge titular del mismo. Reacciona la Resolución sobre todo ello en el siguiente considerando entendiendo que si bien el derecho de usufructo es configurado por el Derecho romano y el germánico como personalísimo e intransmisible (el derecho de autor se considera como personalísimo, pero es transmisible), en el actual Derecho español se configura como transmisible e hipotecable (artículos 480 C. c. y 107 Ley Hipotecaria) y que el artículo 1.403 y 1.402 del antiguo Código civil se están refiriendo a usufructos pertenecientes al cónyuge *antes* de la celebración del matrimonio.

De lo dicho se desprende que el usufructo, aun siendo de carácter ganancial, queda afecto por el término resolutorio de la vida del titular adquirente, sin que pueda entrar en juego el artículo 521 del Código civil con su derecho de acrecimiento. La muerte del cónyuge titular adquirente no provoca el acrecimiento al otro titular, pues aunque se adquiriera para la sociedad conyugal, el usufructo está limitado a la vida del adquirente. Por ello, si fallece el titular del usufructo, aun siendo ganancial, se produce la consolidación en la persona o personas que ostentan la nuda propiedad. Como el fallecimiento del titular del usufructo provoca en caso de estar casado la disolución de la sociedad conyugal, este usufructo no podrá incluirse en la posible liquidación de la sociedad de gananciales. Por ello, ESCRIVÁ DE ROMANÍ, en el trabajo antes citado, denunciaba la posibilidad de fraudes en permutas de bienes por usufructos de otros o de cesión de nuda propiedad reservándose usufructo, etc.

La adquisición del usufructo en la forma en que se hizo permite la construcción apuntada, aunque la titularidad del derecho pasa a una comunidad sin personalidad. De ahí que se den dos conclusiones: no cabe la aplicación de la extinción del usufructo aplicando el artículo 515 y sí el 513,1 del Código civil; no procede el acrecimiento del artículo 521 ya que se constituyó a favor de una persona y no de dos simultáneamente. De ahí que en el caso cuestionado al fallecer el esposo de la usufructuaria asegura la inclusión del usufructo en la masa de gananciales y repercute en su liquidación y actos dispositivos.

Aunque no se plantee en el recurso el tema de la inscripción del derecho por ser anterior a la reforma hipotecaria de los artículos 95 y 96, si cabe apuntar que, como dice el último considerando, no existió pacto de acrecimiento y tampoco constaba el mismo registralmente. Cabe, sin embargo, preguntar lo que hubiese sucedido si se aplica el primer número del artículo 95 del Reglamento Hipotecario para esas adquisiciones de mujer casada que atribuyen titularidad al cónyuge que no adquiere y que en el momento actual tanta preocupación provoca en las decisiones de la Dirección General de los Registros. Entiendo que tampoco hubiese pasado nada, pues el que se inscriban a nombre de ambos, no quiere decir que ambos adquieran, sino que ambos han de coincidir en el consentimiento dispositivo y el usufructo por la inscripción no se hubiera convertido en conjunto y con derecho de acrecimiento, sino que hubiera seguido siendo «vitalicio» y amenazado de extinción por el fallecimiento de la persona que lo adquiere.

B) *Requisitos para su enajenación posterior*

Como sabemos, en el año 1976 la usufructuaria, ya viuda de su marido, decide enajenar el usufructo y como los nudo-propietarios también están de acuerdo en disponer de sus derechos, comparecen ante Notario y venden, previa segregación, una parcela a una sociedad anónima. El Registrador, ante esta escritura, entiende que no es posible que la usufructuaria disponga en solitario del usufructo, pues como en el Registro no figura acreditado el carácter privativo del precio de la adquisición, el usufructo así adquirido es presuntivamente ganancial, ha entrado en la masa ganancial y sobre el mismo en su mitad hipotética ostentan titularidad los herederos del marido fallecido. El Notario, entre los argumentos que emplea, es el de la inscripción que al ser conjunta parece que contagia a la adquisición este carácter, aunque ya el Registrador advierte que en el Registro consta que el usufructo es vitalicio y que se extinguirá por el fallecimiento de la adquirente. El fallecimiento del marido, en este caso, no puede nunca extinguir el usufructo pues su vida no jugaba en la resolución del derecho y sí en la extinción de la sociedad de gananciales. Su muerte ha modificado el poder dispositivo del derecho; es preciso que se liquide la sociedad de gananciales, que se adjudique el derecho o que la disposición sea conjunta del cónyuge y de los herederos.

Esta última solución es la que mantiene la Dirección General al resolver el recurso expresándose así en su último considerando: «lo que hace necesario que a la muerte del otro esposo se requiera o que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique el bien en forma que estimen todos los interesados, o que al menos consientan los herederos del marido la transmisión operada». AMORÓS GUARDIOLA (Comentario a esta Resolución en «R. Cr. D. Inm.», 1981, núm. 547, págs. 1531 y ss.) da una razón más a todas las que hemos apuntado extraídas de la Resolución y es si no admitiésemos la posibilidad de un usufructo de carácter ganancial, el usufructo siempre sería privativo (confundiendo, digo yo, el derecho personalísimo con el vitalicio) lo que no parece posible teniendo en cuenta la posibilidad de una adquisición de este derecho a título oneroso, durante el matrimonio y con dinero ganancial.

En apoyo de la manera en que debe procederse para los actos dispositivos se alegan por el Registrador una serie de Resoluciones que justifican debidamente su calificación y que respaldan la solución que al caso da la Dirección General. Entre ellas cabe citar las de 22 de julio de 1922, 9 de enero 1915, 2 de agosto 1920, 30 de abril 1908, 9 de enero de 1916 y Sentencias de 4 de enero de 1965, 8 de marzo de 1965 y 15 de marzo 1945.