

La supresión de las «menciones» en el Registro de la Propiedad, ¿ha causado algún efecto positivo en cuanto a la del dominio directo en la enfiteusis y a la del usufructo de fincas? Examen de las «vías» o sistemas de constitución del usufructo. Las llamadas «desmembraciones» del dominio como elemento perturbador y corrosivo de nuestro sistema hipotecario.

Entre las varias e importantes reformas llevadas a cabo por la vigente Ley Hipotecaria se encuentra la relativa a la cancelación por caducidad de las menciones propiamente dichas o en sentido estricto; es decir, las relativas a aquellos derechos que siendo aptos para su inscripción independiente (o «separada y especial», como dice la Ley), se encontraban, no obstante, sólo mencionados; o sea, únicamente indicados, citados, aludidos o referidos, más o menos extensamente, en un asiento principal de los libros de nuestros Registros de la Propiedad.

La reforma proscribió en forma indirecta para el futuro toda mención, «salvo alguna excepción», y en cuanto a las anteriormente practicadas, decretó la cancelación de todas ellas, cualesquiera que fuere la especie del derecho por ellas amparado, sea el dominio o sea un derecho real sobre el mismo y la persona o entidad a quien pudiera corresponder.

Terminados los plazos dados, primero el de vacación de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, y después los fijados en la disposición 1.ª transitoria de la vigente Ley Hipoteca-

ria, los Registradores de la Propiedad nos venimos empleando a fondo en una labor de poda, purga o saneamiento, para poner en claro nuestros folios registrales, aspiración unánimemente sentida desde hacía mucho tiempo.

Tan importante obra se vió obstaculizada en su comienzo, ¡cómo no!, por el Impuesto de Derechos reales (1), pues fueron varios los liquidadores de ese tributo que, cogiendo, como vulgarmente se dice, el «rábano por las hojas», y confundiendo lo que es sólo caducidad formal de un asiento (o de parte de él), con un negocio jurídico o título de extinción de un derecho, pretendieron exigir el mentado impuesto al titular del dominio inscrito que, por cierto, ni adquiría nada ni tampoco se le podían cargar las culpas de las imperfecciones de la anterior Legislación Hipotecaria. Menos mal que pronto se impuso el buen sentido y que, además, el vigente Reglamento Hipotecario, con una hábil y loable maniobra, previno y evitó la posibilidad para el futuro de obstáculos de esa naturaleza.

Hoy, pues, la aludida labor depuradora marcha con entera normalidad y, ya de oficio (como ocurre de ordinario), o ya a instancia de parte, se vienen cancelando las menciones y, además, los asientos cuya caducidad también advirtió y prescribió la nueva Ley.

Pero la cancelación por caducidad de las menciones de censo, en lo que toca al enfiteútico, nos suscita ciertas dudas de que quiero tratar en este lugar, así como de la mención del usufructo.

En cuanto a los llamados censos consignativo y reservativo, verdaderas cargas reales de la finca, no crean problema alguno cuando figuren en el Registro meramente mencionados. Una vez caducada esa mención y hecha constar la cancelación de la misma (lo cual en realidad sólo es necesario para claridad en los asientos), dejó de surtir efectos dicha mención, aquellos no son ya gravámenes, a efectos de la Ley Hipotecaria (art. 98 de la misma) y, por tanto, dejaron de estar protegidos registralmente; pero, según indiqué en el lugar citado, ello no significa que los censos dichos, al igual que otros derechos mencionados, queden «civilmente» extinguidos, aunque lo más probable sea que ya no puedan ser inscritos en el Registro, por aplicación del artículo 17 de la Ley.

¿Ocurrirá lo propio en cuanto al censo enfiteútico?

(1) V. en esta misma Revista: «La caducidad del derecho inscrito...» Año 1947, pág. 242.

Para plantear el problema con la mayor nitidez posible, presentamos el supuesto de que en las inscripciones de una «finca» se venga mencionando la existencia de un censo enfiteúutico cuyo dominio directo (2) pertenece a la persona o entidad que allí se indique. Este dominio no figura inscrito, por tanto, en el número o folio de que se trata ni excepcional o anormalmente en otro aparte; repetimos, figura sólo y meramente mencionado. Creo importa poco que en el citado historial se venga diciendo que se inscribe «la finca» o el dominio útil, pues si el Registro revelaba, en forma más o menos perfecta, la existencia de la enfiteusis, las inscripciones repetidas se tenían que venir refiriendo por fuerza sólo al dominio útil.

Pues bien; en estas circunstancias se cancela por caducidad la aludida mención del dominio directo. ¿Y qué ocurre entonces? ¿Se entenderá, aunque sólo sea a efectos hipotecarios, que ha quedado la finca liberada de tal carga? ¿Podrá considerarse, a los mismos efectos, al antiguo titular del dominio útil como titular ya del pleno dominio? La contestación a estas preguntas la obtendremos una vez se dictamine: en primer lugar, si la enfiteusis es una carga de la finca y, en segundo término, si en el aludido supuesto puede o no, en todo caso, inscribirse (aun caducada la mención) el repetido dominio directo de ese censo enfiteúutico.

Cuentan de esos llamados «cerebros electrónicos», feliz creación de la moderna cibernética, que resuelven mecánica, rápida y sorprendentemente, sin posibilidad de error numérico alguno, aquellos intrincados problemas en que los grandes matemáticos, a más de invertir largo tiempo, incurrirían en posibles errores.

Quizá también nuestro problema jurídico se resolviera mejor mecánicamente, sin reflexión o por inercia y sin tener que recurrir, por tanto, a un previo y detenido estudio técnico, ya que pudiera muy bien suceder, dada la frondosidad de nuestra varia y abundante legislación, comentada por una exuberante doctrina científica, que aquí también «los árboles impidieran ver el bosque».

En el terreno del Derecho civil no está aún definitivamente catalogada la naturaleza del censo enfiteúutico. Según las épocas, o las modas, que también rigen a estas materias jurídicas, han sido varias las posiciones adoptadas para explicar la entraña misma de tal

(2) Para menor complicación nos referimos sólo a la mención del dominio directo y prescindimos de la del útil.

institución. CASTÁN, con gran autoridad y competencia, sintetiza (3) las tres teorías que a través de los tiempos han pretendido resolver el difícil problema de la naturaleza jurídica de la enfiteusis, y que son :

1.^a La que llama «romanista», por ser la del Derecho romano. En ella el enfiteuta o censatario tiene un *derecho real* sobre la finca de otro, y el verdadero propietario es el dueño directo o, como tradicionalmente se le viene designando, «el señor del dominio directo». Para PUIG PEÑA (4), a esta posición se la puede llamar «tradicional», y ya advierte este autor que el problema de que se trata no sólo tiene una importancia doctrinal o teórica, sino práctica, pues que de él se derivan consecuencias de diverso alcance.

2.^a La *medieval* o del *dominio dividido* : Según ella son dueños tanto el censualista como el enfiteuta

Esta teoría, que nació con la escuela de los glosadores, da lugar a que exista una dualidad de dominios sobre la misma cosa, dando ocasión (como dice el preámbulo de la Ley de 31 de diciembre de 1945) a una situación tan compleja, cual la enfiteusis, por causa de admitir la coexistencia de dominios

3.^a La que puede llamarse *moderna*, en la que se reputa dueño al enfiteuta y como simple titular del *ius in re aliena* al concedente o censualista.

Cada una de estas teorías tiene sus partidarios o patrocinadores ; pero en este lugar lo que nos interesa es conocer cuál de ellas es la aceptada por nuestra vigente Legislación.

Nuestro Código civil, al iniciar la regulación de los censos en general, los considera a todos (art. 1.604) como cargas, ya que habla de *sujetar* algunos bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual.

No obstante esto, al definir en el precepto siguiente el censo enfiteútico, lo considera como la cesión que una persona hace a otra del *dominio útil* de una finca, reservándose el *directo* y el derecho a percibir una pensión anual. Viene, por tanto, a admitir la división de dominios en el censo enfiteútico y en esa forma sigue regulando después los derechos y obligaciones de los titulares de uno y otro dominio.

(3) «Derecho civil español común y foral», 7.^a edición. Tomo 2.º, página 598.

(4) «Tratado de Derecho civil español». Tomo 3.º, vol. 1.º, pág. 438

Sucede, no obstante, como afirma CASTÁN (5), que no desenvuelve su sistema con rigor, ya que, como dice el artículo 1.633, autoriza al enfiteuta para disponer, no de su *dominio útil*, sino de la *finca misma*, y que el artículo 1.631, al conceder al enfiteuta el derecho de hacer suya la indemnización por expropiación forzosa, revela que, en realidad, el llamado dominio útil es el verdadero dominio.

Pero es que, además de esos preceptos citados por tan ilustrado autor, existen otros muchos que nos hacen abrigar la misma sospecha :

En las disposiciones generales, con relación a todos los censos , pero sin hacer salvedad alguna en cuanto al que nos ocupa, habla el Código reiteradamente *de la finca o de las fincas* gravadas (artículos 1.617 al 1619, y 1.623, 1.625 y 1.627). En el 1.608, y con relación a la constitución de los censos, nos habla de que la *cesión de la cosa inmueble* ha de ser perpetua, y esto se refiere no sólo al censo reservativo, sino al enfiteúutico.

Y, más concretamente, o sea ya con relación especial a la enfiteusis, otros muchos preceptos tratan de la enajenación de la *finca* enfiteútica (como los 1.635 y 1.644) y hasta alguno, como el 1.637, se refiere a la enajenación del *dominio de la finca enfiteútica*, y todo ello con relación al censatario o enfiteuta. Y, por último, otros, como los 1.648 y 1.653, tratan, respectivamente, del comiso de la *finca* y de la reversión de la *finca* (en una forma especial de sucesión) en lugar de referirse, como sería obligado, al dominio útil de la misma.

También en la importante Ley citada, de 31 de diciembre de 1945, sobre inscripción, división y redención de los censos enfiteúuticos en Cataluña, se habla, con relación al enfiteuta, de la enajenación de la *finca o de la propiedad de la finca* (arts. 41 y 42), y hasta en su disposición transitoria 3.ª se le conceptúa y se le llama el dueño de la finca.

Es sabido que cuando, tanto en nuestras leyes como en los títulos o en los asientos del Registro, se emplea el término vulgar o usual de *finca* y el más concreto de *propiedad*, se quiere decir dominio (o en su caso, posesión).

Y si se sostuviera que a lo que antecede no se le puede conceder más alcance que el de revelar una poco cuidada terminología sin trascendencia alguna, creemos que existe, no obstante, una razón

(5) Tomo y lugar citados, pág. 600

de fondo y de verdadero peso o importancia que puede plenamente demostrar que a pesar de la división de dominios que quiso sostener nuestro Código civil, con la misma doctrina positiva estatuida por el mismo, se puede concluir, en definitiva, que en la relación jurídica que entraña la enfiteusis el centro dominical de la finca, aunque gravado por aquélla, está desplazado o vencido hacia el enfiteuta o censatario y que, en cambio, el titulado pomposamente señor del dominio directo, no tiene más que un derecho real en inmueble ajeno, que será todo lo extenso o complejo que se quiera, pero que no es más que un derecho real limitativo del dominio.

Me refiero a la prescripción en la enfiteusis de que tratan los artículos 1.620 y 1.970, apartado 3.º; del Código citado.

El primero, en cuanto a todos los censos, declara prescriptibles tanto el capital como las pensiones. En verdad, que causa extrañeza que se hable de prescripción de capital con relación al censalista cuando éste, cualquiera que sea la clase de censo, no tiene derecho alguno a reclamar el capital o el valor dado a la finca hasta llegado el momento de la redención, la cual es de la libre iniciativa y opción del censatario.

Por el transcurso de cinco años (1.966 y 1.970, Código civil) prescribe el derecho a reclamar las pensiones ya vencidas de todos los censos y por el de treinta años (1.963 y 1.970 del Código civil) prescribe también el derecho al cobro del «capital» y de las pensiones futuras, y como *de jure* (según se expone en el preámbulo de la citada Ley para Cataluña), no pueden existir censos sin pensión, resultará que, en definitiva, lo que sucede es que en este último supuesto (a menos de que se interrumpa la prescripción por el reconocimiento del censo, que puede exigir el censalista en el enfiteutico cada veintinueve años, o por otra causa) prescribe el censo en beneficio del censatario, quien se hace, por tal motivo titular del pleno dominio.

En los censos se aplicó, por tanto, la prescripción llamada extintiva o liberatoria a los derechos del censalista; pero no se encontrará precepto alguno que autorice la aplicación de tal prescripción a los derechos del censatario. ¿Y qué indica todo esto?; pues, sencillamente, que el dominio directo es sólo una carga o un derecho real limitativo del dominio y que éste lo tiene el censatario o el enfiteuta, ya que, según el referido Código, «sa forma de prescripción sólo se aplica (art. 1.930) a los derechos y sus acciones distintas del dominio, pero nunca a éste

Regula el Código dos supuestos en los que la finca, en la enfiteusis, puede volver al censalista: El uno (art. 1.631), cuando en caso de expropiación forzosa parcial el enfiteuta opte por abandonarla al dueño directo, y el otro, en caso de que el enfiteuta dé lugar al comiso (art. 1.648); pero, en general, si el repetido enfiteuta deja de usar por largo tiempo de sus derechos por el mero transcurso del tiempo, no se extingue la relación enfiteútica ni resultará libre la «finca», sino que ésta, o mejor, el dominio útil de ella, quedará abandonado y entrará en la condición de bienes vacantes o mostrencos y lo adquirirá el Estado o la persona (que incluso puede ser el mismo señor directo) que lo posea por el tiempo y con los demás requisitos fijados por el Código para la *prescripción adquisitiva* del dominio y demás derechos reales.

Nuestra legislación hipotecaria, tanto la ya derogada como la vigente, ha considerado, y la sigue estimando, a la enfiteusis, como caso de dominio dividido o desmembrado (a pesar de que en el número 2 del art. 2.º de la Ley vigente, como de las anteriores, la comprende entre los derechos reales).

En los albores de la famosa Ley de 1861, se dictaron innumerables disposiciones y resoluciones hipotecarias, permitiendo abrieran folio registral tanto el dominio directo como el útil. La duda que existió sobre cuál de ellos debía tener entrada primero en el Registro fué resuelta ya claramente por la Real orden de 9 de octubre de 1893, que permitió abriera marcha, indistintamente uno u otro, y si bien se refería a los foros, se consideró también aplicable al censo enfiteútico.

La Ley Hipotecaria de 1909, con el deseo de facilitar las inscripciones de censos y demás derechos similares (más o menos similares) hasta un límite caótico, permitió (art. 8.º, párrafos 2.º y 3.º) que cuando cada cual gravase varias fincas pudieran inscribirse tanto el dominio directo como el útil en una hoja especial, o sea en número distinto.

Al derogarse los últimos párrafos citados por la Ley Hipotecaria vigente, creyóse por el citado CASTÁN (6), de acuerdo con SANZ, que era que se había abandonado la teoría del dominio dividido; pero como admitía ROCA SASTRE (7), las disposiciones suprimidas sólo

(6) Lugar y tomo citados, pág. 604, nota.

(7) «Instituciones de Derecho Hipotecario», 2.ª edición, tomo II, página 538.

decían relación al supuesto de enfiteusis (y otros derechos) sobre varias fincas.

Así lo ha venido a reconocer, hoy, el vigente Reglamento Hipotecario (art. 377), que permite que la primera inscripción sea la de cualquiera de dichos dos dominios y ordena que después de inscribirse uno, el otro lo sea a continuación del primeramente inscrito o sea bajo el mismo número o folio registral). No ordena, como lo hacían las disposiciones anteriores, que al practicar la inscripción de uno de esos derechos se haga mención del correlativo que no se inscriba y esto es debido, sin duda, a la falta de protección, hoy, de toda mención, según lo dispuesto en los citados artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria.

En la Ley Hipotecaria vigente (arts 127 y 134) se consideran como terceros poseedores de la finca tanto el titular del dominio directo como el del útil.

De lo que antecede resulta evidente que para nuestra Legislación Hipotecaria vigente, a pesar de las poderosas razones que existen en contra en la enfiteusis, se da, a todos los efectos legales, un supuesto de dominio dividido, desmembrado o fraccionado, según antes afirmamos. No se trata, por tanto, de una carga o gravamen de la propiedad. Las consecuencias que de ello se siguen no pueden ser más perniciosas para nuestro régimen hipotecario, como vamos a demostrar a seguida; pero refiriéndonos, por brevedad, al supuesto principio planteado, o sea al que sigue:

En las inscripciones de una «finca» se ha venido mencionando el dominio directo de un censo enfiteúutico y, como se trata de un derecho que pudo inscribirse «especial y separadamente», una vez expirados los plazos concedidos en la letra A) de la disposición primera transitoria de la Ley Hipotecaria vigente, se cancela dicha mención por su caducidad, sea de oficio o a instancia de parte. ¿Podrá después inscribirse el dominio directo del censo enfiteúutico de que se trate a pesar de la cancelación de la mención del mismo derecho?

En la importante Exposición de Motivos de la llamada Ley de Reforma Hipotecaria, de 30 de diciembre de 1944, base de la vigente, y en los pasajes dedicados a la mención, se lee: «Que los titulares de derechos que pueden ser objeto de inscripción especial y separada deben cuidar directamente de su ingreso en el Registro y que su negligencia *no ha de merecer especial protección*. Y más adelante, con referencia ya a las menciones que antes de la Ley exis-

tieran en el Registro, nos habla del farragoso lastre que se venía recogiendo en los asientos en detrimento de la contratación, el cual *es necesario hacerle desaparecer sin recurrir a lentos y dispendiosos procesos*, con indudable beneficio para los titulares registrales, y todo ello para coadyuvar, como también dice, a la urgente e imprescindible tarea de saneamiento del Registro.

De acuerdo con lo que antecede, pudiera concluirse sosteniendo que la mención del tan repetido dominio directo en la enfiteusis no debía ser una excepción a los fines propuestos por el legislador y más cuando, según expusimos, la caducidad de las menciones se refiere a todo derecho, sea dominical o limitativo del dominio; pero a poco que se medite ha de concluirse o dictaminarse precisamente lo contrario.

En efecto, tenemos: de un lado, que en nuestro sistema hipotecario la inscripción es voluntaria (8), y por ello no existe plazo para instar la misma, y de otro, que, por lo de la división de dominios en la enfiteusis, el titular del dominio directo (al igual que el del útil) puede acudir al Registro cuando lo estime oportuno sin tener en cuenta para nada que esté o no previamente inscrito el dominio útil ni que figure éste a nombre de ésta o de aquella persona. La inscripción del dominio útil en la enfiteusis se practica, puede decirse, a régimen de puerta abierta en cuanto a la posible inscripción del repetido dominio directo, ya que no es de aplicación el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. El enfiteuta, aunque el censo esté más que prescrito, ha de estar siempre amenazado por la posible inscripción del dominio directo, cual verdadera espada de un Damocles hipotecario. Ya se comprenderán las perjudiciales consecuencias que de aquí se derivan para el crédito territorial.

No puede acudir el enfiteuta al actual expediente de liberación de cargas prescritas porque ha de tratarse, a más de una *carga*, de la que esté inscrita, anotada o mencionada en el Registro (art. 210, regla 2.^a, Ley Hipotecaria), y en nuestro caso no se dan esas circunstancias. Tampoco puede acudir para librarse de aquella amenaza al antiguo expediente de liberación de cargas regulado por la Ley Hipotecaria de 1909 (que se refería incluso a los derechos no inscritos, art. 335), porque, al estimarse por la doctrina que no cum-

(8) Salvo algún caso de excepción como el del art. 7.º, apart. 2.º, de la Ley Hipotecaria.

plía finalidad alguna (palabras de la Exposición de Motivos de la Ley vigente), ha sido abolido y derogada expresamente aquella Ley por la que hoy rige.

Hoy, pues, el titular de una «finca» que considere prescrito el censo enfiteúutico que la afecta y que se encuentre en el caso a que nos seguimos refiriendo de estar el dominio directo sólo «mencionado», no le queda más recurso para liberar su «finca» de la carga (aunque no lo pretendiere más que en el aspecto registral) que acudir a un dilataco y siempre costoso juicio declarativo.

Hasta podría producirse un contrasentido, o sea, si al concepto de «carga» del nuevo expediente de liberación se le diera un sentido amplio (cosa posible), pudiera ocurrir que el censo enfiteúutico, cuyo dominio directo estuviese inscrito, desapareciera del Registro al cancelarse su inscripción por consecuencia de aquel expediente y que en cambio no ocurriese lo propio en el supuesto de haber venido sólo mencionándose en las inscripciones del Registro, puesto que la mención, al caducar, hizo desaparecer del Registro todo rastro de tal dominio directo y precisamente para que el repetido expediente de la nueva Ley pueda ser aplicado se exige que se trate de derechos que consten del Registro ya inscritos, anotados o mencionados.

Tratemos ahora de la mención del usufructo; pero por brevedad nos vamos a referir solamente al usufructo de fincas.

Como se verá, en cuanto a los efectos de la caducidad de tal mención y a su supresión en el Registro para el futuro, se dan análogas anomalías que las que hemos expuesto en cuanto a la del dominio directo en la enfiteusis.

Discuten aún los autores, tanto de Derecho civil como los de Derecho Hipotecario, sobre si el usufructo es un derecho real limitativo del dominio o una parte o fracción del mismo; esto es, si se trata o no de un supuesto de división o desmembración dominical. Y, como se verá, esto es de suma importancia, al menos en orden a la legislación hipotecaria.

Quizá la incertidumbre y poca fijeza que existió y existe aún en la legislación sea la causa de aquellas discusiones y criterios diversos. En el Digesto, según un fragmento de Paulo, se estimó que el usufructo debía calificarse como *pars domini*.

En el Derecho anterior al Código se consideró como servidumbre personal, por tanto, como derecho real sobre cosa ajena.

En la base 12 de las que sirvieron de fundamento a nuestro Có-

digo civil se mandó que tanto el usufructo como el uso y la habitación se definieran y regularan como *limitaciones del dominio y formas de su división*. Sería fácil demostrar que limitación dominical y división del dominio son conceptos irreconciliables o incompatibles, al menos cuando se usen en sentido estricto.

Lo que sí interesa probar es que el Código, en su articulado, no admitió lo del dominio dividido o desmembrado en cuanto al tal usufructo, y que por ello no quedó acatado lo que ordenó la base citada.

En efecto, tenemos, en primer lugar, la definición o idea fundamental que nos da el citado texto de tal usufructo al que considera (artículo 467) como el derecho a disfrutar los *bienes ajenos*. Su modelo, el francés, precisaba aún más al decir el derecho a disfrutar las cosas cuya propiedad pertenece a otro. También nuestro Código civil en algunos preceptos nos concreta más, pues habla de la *propiedad de bienes* o de la *propiedad de una finca* en que otro tenga el usufructo (arts. 489 y 595)

Si se examinan todos los preceptos de la sección que el mismo texto legal dedica al tal derecho, se observará que en la mayoría de ellos contrapone al término usufructo el de propiedad (en alguno como el 499 al de dueño), pero en ninguno se cita para nada lo de división o desmembración de dominio ni se habla siquiera de mera o nuda propiedad.

Este término sólo se emplea esporádicamente en preceptos separados de esa sección como los de los artículos 834 y 841, relativos a la legítima del cónyuge viudo y a la de los hijos naturales reconocidos.

Y, en verdad, que admitir en la terminología legal una *mera propiedad* o *propiedad nuda* o *desnuda*, esto es, privada, aunque lo sea temporalmente, del disfrute de los bienes sobre que recae, es reconocer, al menos implícitamente, que existe o puede existir al lazo de ella otra propiedad que lleva consigo tal disfrute. En algún Código antiguo extranjero (francés o italiano) se dijo que el derecho de gozar del usufructuario es «como el del propietario mismo».

A pesar de ello, no puede dudarse de que en nuestro Código civil resplandece en el usufructo su verdadero carácter de *iura in re aliena* y no el de parte desmembrada del dominio.

Le es aplicable la prescripción extintiva, cosa que no sería po-

sible si del dominio se tratare, y, en general, en todo supuesto de extinción de usufructo (art. 513) el goce de la cosa usufructuada pasa de nuevo al propietario (art. 522), prueba palpable de que en éste seguía radicando el dominio como derecho expansivo o absorbente, como le llaman los autores, y que atrae asimismo todas las utilidades de la cosa o de los bienes que habían estado separados de ellos.

Nuestra legislación hipotecaria, en cuanto al concepto que le merece el usufructo sobre fincas, sigue un criterio vacilante.

En el número 2.º de su artículo 2.º de la Ley, al tratar de los títulos sujetos a inscripción, estima al usufructo como un verdadero derecho real limitativo del dominio, distinto, por tanto, de éste al que se refiere el número 1.º del mismo precepto.

Pero ya en otros artículos (127 y 134) considera tanto al usufructuario como al nudo propietario como *terceros poseedores* de la finca, y el Reglamento de la propia Ley (art. 225) nos habla ya decididamente de «titulares de desmembraciones del dominio», y derechos *integrantes* del dominio (art. 217).

¿A qué se deberá esta anomalía y contradicción? Es muy posible que su causa sea el modo de configurar esos derechos en los títulos presentados a inscripción en nuestros Registros de la Propiedad.

Con rara unanimidad, los autores nos explican lo que pudiéramos llamar la mecánica de la constitución de los mismos. Nos dicen que el usufructo se *constituye*, o por vía de *enajenación* o por la de *retención o reserva*.

Ocurre lo primero cuando el dueño o propietario *se desprende del usufructo* y se reserva la nuda propiedad, o cuando uno y otro derecho los *transmite* a dos personas distintas.

Por vía de retención, dicen, se constituye el usufructo cuando el propietario enajena la nuda propiedad *reservándose* el usufructo de los bienes cedidos, y añaden los autores: el objeto del negocio es sólo la nuda propiedad, ya que el usufructo queda reservado (*deductio usufructu*) en la persona del enajenante, bien de modo explícito o implícito (insistiremos después en este último punto).

En verdad que esto es lo que viene ocurriendo en la práctica. Es bien fácil observar que el usufructo tiene acceso al Registro de la Propiedad en virtud de venta, permuta, donación, legado, adjudicación en pago de herencia, de cuota viudal, etc.; es decir, como efecto de un título de enajenación; pero no como *constitución* de

un derecho real, como debiera de ser dada su naturaleza jurídica. También se admite como moneda usual y corriente que el usufructo queda inscrito al enajenante (cuando el dueño transmite sólo la nuda propiedad), y que le queda como resto dominical no enajenado.

Lo que antecede es la viva realidad, o sea, que el usufructo aparece en el Registro como una fracción dominical, y tan es así, que cuando libramos los Registradores de la Propiedad una certificación acreditativa del estado de cargas y gravámenes de una finca y de su título de adquisición, no comprendemos el citado usufructo entre las cargas que se relacionan, sino en la parte relativa a la reseña del título de adquisición de la «finca».

Pero también es una realidad, como vamos a intentar demostrar, que esa forma o sistema de *constituir* y de considerar el usufructo, en cuanto a la Legislación Hipotecaria, provoca consecuencias anómalas y absurdas a veces. Citaré sólo algunas de ellas; pero debo de advertir que si mi criterio pareciere herético al ir en contra de una fuerte corriente doctrinal, amparada por la jurisprudencia, ello no es debido a un *animus discrepandi*, sino que responde a la mayor sinceridad y a la fidelidad a las convicciones propias, que podrán ser equivocadas, pero que están contrastadas por una dilatada práctica profesional.

Según lo antes expuesto, el titular del pleno dominio de una finca puede *enajenar*: de un lado, la nuda propiedad, y de otro, el usufructo de aquélla. ¿Podrá dicho titular del dominio pleno hipotecar uno u otro derecho? (o gravarlo).

Esta pregunta no es producto de una imaginación febril, aunque lo parezca. Se la hacen fría y serenamente los autores, los que tratan de resolver, según el criterio de cada cual, el problema que encierra (9).

Es posible discurren de este modo: Si el dueño puede *enajenar* el usufructo y la nuda propiedad, separadamente o en favor de distintas personas, parece indudable que también pueda hipotecar uno u otro derecho, ya que quien puede lo más puede también lo menos; pero aquí los autores se enzarzan en discutir si a tales supuestos le serán o no aplicables las restricciones o efectos que a la

(9). MORELL Y TERRY, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», tomo III, pág. 642.

hipoteca de dichos derechos señalan los números 1.º y 2.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria; y, en verdad, que éste no es el fundamental problema, aunque no deje de tener también su importancia.

Los autores que mantienen la contestación afirmativa tienen que recurrir, en definitiva, al expediente de sostener que lo que en el supuesto se puede en realidad hipotecar es, no el usufructo o la nuda propiedad, sino la *facultad de gozar*, de un lado, y la *de disponer*, de otro, ambas ínsitas en el dominio ¿Es esto admisible? Pór lo pronto, nos encontramos que desde la reforma hipotecaria de 1909 (que se adaptó ya al carácter de enajenable que reconoció al usufructo el Código civil) ya no puede admitirse la hipoteca del derecho de percibir los frutos *en el usufructo*, que era sólo lo que permitía la Ley Hipotecaria de 1861.

Pero es que aparte de ello, ni antes ni ahora se ha autorizado que puedan gravarse separadamente esta o aquella facultad de las que al dominio integran. Sólo pueden ser hipotecados (art. 106. Ley Hipotecaria) los bienes inmuebles (esto es, el dominio o, en su caso, la posesión) y los derechos reales enajenables *impuestos* sobre los bienes.

Por ello, como el titular del dominio pleno no tiene el derecho real de usufructo sobre aquél (ni le es posible nunca tenerlo sobre cosa propia), no puede hipotecarlo ni tampoco, por la misma razón, es permitido hablar de la hipoteca de una nuda propiedad correlativa a un derecho de usufructo que no existe.

No es jurídicamente admisible la equiparación de las facultades de goce y de disposición, dos de las muchas que al dominio integran, con el usufructo y con la nuda propiedad, respectivamente. Tampoco existe posibilidad legal de que al dueño le sea lícito con respecto a sí propio, puede decirse, separar por grupos las facultades dominicales, colocándolas en compartimientos estancos para dejar constituidos los repetidos derechos, practicando lo que se viene llamando desmembración o disgregación del dominio.

Pero dejemos lo de la *constitución* del usufructo por la llamada vía de *enajenación*; después de todo, a efectos hipotecarios, tanto monta se diga que el usufructo se *enajena* como que se *constituye*. Sólo puede verse en ello una incorrección del lenguaje jurídico, pero sin trascendencia alguna aparte de la confusión que puede provocar.

Lo que acarrea verdaderas complicaciones en el orden hipoteca-

rio es tanto la constitución del usufructo por la vía de retención implícita como el supuesto de que, enajenada la nuda propiedad a una persona y el usufructo a otra, sólo se presente a inscripción la primera, y en cuyo título no conste nada relativo a la duración del usufructo. De ambos supuestos vamos a tratar brevemente.

Vimos cómo los autores nos explican que cuando el titular del dominio pleno sólo enajena la nuda propiedad, el objeto del negocio jurídico es ésta solamente, ya que el usufructo quedó reservado o retenido en la persona del enajenante, tanto cuando así se expresare, como cuando se omita todo dato relativo al usufructo.

Prescindimos aquí, en honor a la brevedad, del caso en que la reserva del usufructo sea, no sólo a favor del enajenante, sino al de otra u otras personas. De uno de estos supuestos ya nos ocupamos en esta Revista (10).

Lo primero que habría que inquirir, a fines de la calificación hipotecaria, sería quién creó o dió vida al tal usufructo, ya que no es de presumir surgiera por generación espontánea. No pudo serlo el nudo propietario, porque a más de carecer de capacidad para ello (al no tener el goce de los bienes) se limitaría sólo a aceptar la adquisición de la nuda propiedad. Tampoco pudo serlo el antiguo titular del pleno dominio, por lo que antes expusimos, y ya se considere al usufructo como derecho real o como fracción dominical habría que hacer un impropio e inútil esfuerzo para intentar convencer de que era que el antiguo dueño, antes de enajenar la nuda propiedad, tenía ya en su poder el derecho real de usufructo, y que por ello se lo pudo reservar, puesto que, en efecto, para *retener* una cosa o un derecho lo primero que se precisa (aunque parezca perogrullada) es tenerlo antes.

Indudablemente que en tal supuesto no hay otro remedio que admitir que el usufructo fué establecido por convenio entre el dueño enajenante y el adquirente de la nuda propiedad, y que por ello el objeto del negocio jurídico no fué sólo ésta, sino, además, la constitución del referido usufructo (10 bis).

Y siendo esto así, ¿cómo se explica que se pueda omitir en al-

(10) V. año 1952, pág. 1, «La reserva de usufructo en favor de uno o de ambos cónyuges...»

(10 bis) La Ley 9.^a, tit. XXX, Partida III, considera la constitución de usufructo por «retención» como un supuesto de *constitutum possessorium*, en el que el usufructuario tiene ya la cosa no en su propio nombre, sino en el del propietario.

gún caso todo dato relativo, no sólo a la persona del usufructuario, sino también a la duración del tan repetido derecho de usufructo? Estos extremos son de interés para el nudo propietario.

Siempre que se presente a inscripción un título de adquisición de la nuda propiedad en que no conste, como exigencia mínima, la duración del correlativo usufructo (no apareciendo ya este dato tampoco en el Registro), debiera suspenderse la inscripción mientras no se acreditara en la forma debida tal extremo; así lo exige la necesidad de que en el Registro conste la extensión del derecho que se inscribe (art. 51, regla 6.ª, Ley Hipotecaria). Interesa ese dato al público que acuda al Registro, en general, y en particular al mismo titular de la nuda propiedad, ya que de no ser así tendría el día que se extinguiere el usufructo que procurarse los documentos precisos relativos a la constitución del usufructo para por ellos y con los demás necesarios acreditar la extinción y poder interesar del Registro la correspondiente consolidación.

Tampoco debiera admitirse la inscripción del título en que el enajenante de la nuda propiedad expresase sólo que se reservaba el usufructo; pues, aunque lo ordinario es que sea vitalicio y que se tome en cuenta la vida del que se lo reserva, puede no ser así, ya que puede constituirse durante la vida de otras personas, o que lo sea por un plazo o término fijo.

Y, sin embargo, es un hecho evidente que, a pesar de la fama de «séveros y minuciosos» que últimamente se nos da a los Registradores (11) (lo que en verdad estimo como un timbre de honor para el Cuerpo), esos títulos defectuosos se vienen admitiendo a inscripción de ordinario. Y cuando llega la hora de tener que hacer constar en el Registro la extinción de un usufructo que no aparece de sus libros, es cuando surgen por doquier los problemas y algunos pintorescos.

También antes de la tal extinción y consiguiente consolidación se suscita fácilmente la duda y la vacilación. En efecto, inscrito un título de enajenación de la nuda propiedad en que no se alude al usufructo (ni conste nada de éste en el Registro), ¿ha de suponerse por ello que el tal usufructo pertenece, a efectos hipotecarios, al antiguo titular del dominio pleno y durante su vida? ¿No pudo haberlo enajenado antes o simultáneamente a la transmisión de la

(11) «La muralla», comedia de Joaquín Calvo Sotelo, pág. 121.

propiedad? ¿Puede certificarse quién es el usufructuario y la duración de este derecho? ¿Qué sucedería si admitida en el Registro, en tal supuesto (u otros parecidos), la extinción del usufructo aludido por fallecimiento de su presunto titular, presentare a inscripción su título el verdadero o efectivo usufructuario? No debiera darse ocasión a tales problemas ni permitirse que el Registro de la Propiedad tenga que operar sobre meras conjeturas; la seriedad de la institución así lo demanda.

Para terminar, vamos a señalar otras consecuencias que se derivan de considerar hipotecariamente al usufructo como *pars domini*. Me he de referir a la supresión y a la caducidad de las menciones en relación al usufructo y a la inoperancia en cuanto a él del principio hipotecario llamado de la *prioridad*.

Sabido es que en la Legislación Hipotecaria anterior a la vigente, la mención protegía tanto al dominio como a los derechos reales limitativos del mismo.

Al suprimir la vigente Legislación Hipotecaria para el futuro toda mención y ordenar además la cancelación de las ya practicadas a su entrada en vigor, parece que esta medida debiera haber afectado al derecho de usufructo, ya se estime éste como derecho real o ya como parte del dominio, y, sin embargo, no ha sucedido así. Quizá los *manes* protectores de la antigua mención se hayan querido vengar y nos han jugado una mala pasada, pues la medida ha resultado, como en el billar, de efecto contrario en cuanto al usufructo, o sea, que la supresión de la mención no afecta ni causa daño en nada a tal derecho, haya estado o no mencionado, y, en cambio, perjudica o causa los trastornos que vimos al titular de la propiedad al que precisamente se quiso favorecer. Y, en verdad, que para este viaje no se precisaban alforjas en lo que toca al usufructo. Este (al igual que el dominio directo según vimos) puede ser inscrito en cualquier tiempo, y ello aunque la nuda propiedad figure inscrita en favor no del primer nudo propietario, sino de otro posterior, y esto es debido a que el artículo 17 de la Ley Hipotecaria (en que se condensa el aludido «principio de la prioridad») y otros fundamentales, como el 32, no actúan cuando en vez de tratarse de títulos incompatibles se trate de partes de un todo y el usufructo; como vimos, será un derecho real «civilmente» hablando, pero «hipotecariamente» es un fragmento dominical.

El estudio parcial que antecede nos lleva como de la mano a hacer, con carácter de generalidad, unas consideraciones breves sobre la llamada «división o desmembración del dominio», especialmente en lo que hace relación a nuestra Legislación Hipotecaria.

Modernamente los autores sintetizan la materia admitiendo dos formas de aquella división: la *cuantitativa* y la *cualitativa*.

La primera, dicen, es la que se da en los casos de condominio o copropiedad.

La segunda, que es la verdadera «desmembración», es aquella en que las facultades que al dominio integran aparecen o se consideran disgregadas, puede decirse, más o menos permanentemente, entre varias personas.

No obstante, algún autor, como ROCA SASTRE (12), estima como distintas la división y la desmembración, ya que al clasificar los derechos reales inscribibles distingue los de *poder pleno* (dominio); *poder dividido* (enfiteusis) y *poder desmembrado* (servidumbres, censó de la que usualmente se denomina desmembración del dominio. términos de la clasificación.

No podemos detenernos en estas cuestiones de nombre ni en precisar si en los condominios, o proindivisos en general, puede o no admitirse que exista la pretendida división cuantitativa. Tratemos sólo de la que usualmente se denomina desmembración del dominio.

A esta materia le dió en la antigüedad la doctrina científica una gran resonancia; nos bastará para demostrarlo citar unos cuantos autores:

BENITO GUTIÉRREZ (13), al tratar de los derechos reales, nos dice cómo la Ley autorizó esas *mancomunidades* de superficie, enfiteusis y usufructo, por lo que los autores prácticos, reconociendo el hecho, añade, tuvieron que clasificarlos distinguiendo entre *dominio pleno y menos pleno, nuda y no nuda propiedad*.

M. ORTOLAN, Profesor que fué de la Universidad de París (14), comprendió entre los derechos reales que son, *en toda la realidad de la expresión, desmembraciones o fracciones del derecho de propiedad*, las servidumbres, tanto las prediales cuanto las personales (y prin-

(12) «Derecho Hipotecario», 1954, tomo II, pág. 192.

(13) «Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español», 1868, tomo II, pág. 43.

(14) «Explicación histórica de las instituciones del Emperador Justiniano», 1879, 2.^a parte, pág. 107.

principalmente entre las últimas el usufructo y el uso), la enfiteusis y el derecho de superficie. Y hasta estimó que la prenda, cuando la cosa ha sido entregada, lleva consigo una desmembración del derecho de posesión, al alterar en uno de sus elementos al derecho de propiedad.

Los autores modernos o admiten muy mitigadamente lo del fraccionamiento de la propiedad o lo rechazan por completo.

Así, el maestro JERÓNIMO GONZÁLEZ (15), si bien entiende que en la división cualitativa de la propiedad se produce el *descuaje de facultades dominicales*, sostiene que en las *transmitidas* por el propietario al titular de un derecho real no se separan aquéllas por completo del dominio, sino que siempre queda un vínculo jurídico incontable entre el propietario y los derechos *constituídos*, que, si no actualmente, le *pertenecen* en potencia.

PUG PEÑA (16) nos presenta una nueva orientación, que llama *elevada* (que no admite el dominio como la suma de facultades que le integran), y cuyo éxito se debe a RUGGIERO.

Según esta dirección, las clásicas facultades dominicales no son más que simples *manifestaciones* de la plenitud de señorío general característica del dominio.

El expositor italiano DUSI (citado por aquel autor), al considerar la propiedad como señorío unitario, independiente y universal, sostiene que todas las posibles facultades jurídicas sobre la cosa están «concentradas» en la relación jurídica que supone la propiedad, *no como derechos distintos*, sino como *pertenencias* de la misma propiedad, y aun cuando puedan existir derechos distintos sobre la misma cosa, éstos no *implican participación en la propiedad*, sino cargas que la *comprimen*, sin quitarle la virtud íntima de desenvolverse y recobrar su natural universalidad.

Como bien dice CASTÁN (17), la técnica, que llamó clásica (la desmembracionista), está hoy anticuada en términos generales, si bien algunos autores la quieren seguir sosteniendo en cuanto a los censos y al usufructo.

Creemos, según antes intentamos demostrar, que en ninguna de esas instituciones, últimos reductos en que quiere sostenerse la teoría dicha, se puede ver otra cosa, dentro de nuestro Derecho ci-

(15) «Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil». Madrid, 1948.

(16) Obra y tomo citados, pág. 57.

(17) Obra y tomo citados, pág. 109.

vil positivo, que la existencia de un derecho real limitativo del dominio; pero no una parte o fracción de éste. Pero es que, aunque así no fuere, esto es, aun cuando «civilmente» se admitiere implícitamente la existencia de la citada desmembración o fraccionamiento dominical, nuestra Legislación Hipotecaria debiera rechazarlas de plano en términos generales y a todos los efectos derivados de la misma, ya que de no ser así nuestro sistema hipotecario, de terceros o para terceros (18), quedaría maltrecho, especialmente si a la repetida teoría se le diera cierto carácter de generalidad. Piénsese por un momento lo que ocurriría si, dentro de nuestra Legislación Hipotecaria, se entendiere que todos o la mayoría de los derechos reales limitativos del dominio no tenían el carácter de tales, sino el de fragmentos dominicales, ¿dónde irían a parar, relegados, los más importantes principios o basamentos que sostienen nuestro sistema hipotecario? ¿Cómo podría en tal hipótesis quedar, exonerado el propietario que inscribió su título de las cargas y gravámenes anteriores no inscritos si éstos se reputasen como una parte complementaria de aquella propiedad o dominio? Bástenos recordar aquí lo que ocurre en la práctica, según vimos con un derecho real de perfil tan acusado como el usufructo.

Hubiera sido de desear que en la última e importante reforma hipotecaria el legislador, inspirado en una amplia idea de modernización de nuestra vetusta Legislación Hipotecaria, se hubiere decidido a dar el golpe de gracia a esa arcaica teoría del «desmembracionismo».

Varias e importantes serían entonces las consecuencias que de ello se hubieren derivado:

En primer lugar, tanto el censualista en la enfiteusis, como el usufructuario, hubieran dejado de tener; en los juicios ejecutivos por acción hipotecaria, el concepto técnico de terceros poseedores que aún les sigue reconociendo dicha Legislación (Ley Hipotecaria, artículos 126, 127, 131 y 134; Reglamento, art. 235).

Por consecuencia de ello, ya no sería preciso requerirles de pago, pues quedarían en la misma situación que los titulares de derechos reales limitativos del dominio y con todas las garantías comunes a ellos. Y, en verdad, que no se explica la necesidad de tal requerimiento en citadas ejecuciones. De un lado, aquellos titulares, como

(18) Carácter que aún subsiste en términos generales. V. art. 32, Ley Hipotecaria.

tales terceros poseedores, nada deben, y a mayor abundamiento el Código civil, en cuanto al usufructuario de finca hipotecada, declara expresamente (art. 509) que no está obligado a pagar las deudas garantidas por dicha hipoteca y que si la finca se vendiere judicialmente para el pago de aquéllas, el propietario ha de responder al usufructuario de lo que pierda por ese motivo. Y de otro, que el tal requerimiento de pago sólo lo es de nombre, ya que, según los hipotecaristas, no equivale a citación ni emplazamiento sino a simple notificación (ROCA) o intimación (PLAZA), como así también lo indica la regla 5.^a del citado artículo 131 de la Ley.

De haberse hecho la aludida reforma, si la enfiteusis o el usufructo se hubiesen inscrito en el Registro antes que la hipoteca porque se siguiera el procedimiento, éste no afectaría en nada a aquellos derechos (19), cosa que actualmente no sucede, y si hubiesen sido inscritos después, entonces, al igual que ocurre con los demás derechos posteriores, sí quedarían totalmente cancelados. En este supuesto se podría haber adoptado una solución análoga a los casos de expropiación total de la finca (arts. 1.631 y 519, Código civil), sin perjuicio de lo antes dicho en cuanto al usufructuario.

Otra consecuencia de esa hipotética reforma hubiere sido la de corregir nuestro léxico jurídico-hipotecario; ya no se oiría hablar del absurdo jurídico de enajenar o transmitir (o retener) un derecho real que aún no se ha constituido.

Y, por último, se hubiera desterrado del ámbito de nuestros libros de inscripciones, al no admitir la del dominio por partes o fracciones, aquellos términos poco precisos de dominio útil y de mera o nuda propiedad; pues el primero, si bien de ordinario se refiere a la enfiteusis, puede también aplicarse a otros derechos análogos, como los foros, y a la misma subenfiteusis, y los otros de mera o nuda propiedad, si bien es lo más frecuente tengan como complementario el usufructo, pueden también referirse a toda situación dominical desprovista del goce, disfrute o posesión de los bienes, como los derechos de uso, habitación, de superficie, etc. Son términos confusos siempre y especialmente cuando no esté inscrito o mencionado siquiera su derecho correlativo y complementario.

Santa Fe, 31 marzo 1955.

JUAN RUIZ ARTACHO
Registrador de la Propiedad

(19) A menos que hubiesen sido gravados por la hipoteca de que se trate.