

**Cuestión ante la Dirección General de los Registros y del Notariado:
La sociedad de gananciales y la separación de hecho. El artículo
1.413 C. c. y la renuncia por el marido a un usufructo futuro
y estipulado bajo condición suspensiva a su favor, estando se-
parado de hecho.**

El recurso que ha motivado la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de abril de 1980 suscita tres interesantísimas cuestiones de importancia práctica. Por eso hemos creído ilustrativo publicar el recurso interpuesto, los considerandos del Auto dictado por el Presidente de la Audiencia y el escrito de apelación, además de los Considerandos de la Resolución.—R.

I

El Notario Juan Vallet de Goytisolo interpuso, ante el Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, el siguiente recurso, en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho.

A) HECHOS

1.º) Que mediante escritura autorizada por el Notario que suscribe, con fecha 24 de noviembre de 1970, número 3.116 de orden de mi protocolo de dicho año, doña L. de la P. I., de sesenta y nueve años de edad, vendió a don F. B. P., de sesenta y siete años de edad, casado con doña M. S. M., *bajo la condición suspensiva de que aquél sobreviviere a doña L.*, el usufructo del piso quinto izquierda interior de la casa número cinco de la calle de Lucio del Valle, de Madrid (que es la finca número 26.283 del Registro de la Propiedad número 5) *durante el periodo comprendido entre el fallecimiento de la primera como fecha inicial y el del segundo como fecha final*, por precio de 19.200 pesetas. Fue inscrita esta escritura en el citado Registro de la propiedad al tomo 726, folio 42, finca 26.283, inscripción 5.ª, haciendo constar el señor Registrador de la Propiedad que el precio era presuntivamente ganancial.

2.º) Que mediante otra escritura también autorizada por el Notario que suscribe, con fecha 9 de septiembre de 1975, número 2.510 de orden de mi protocolo de dicho año, don F. B. P., de setenta y dos años de edad, casado con doña M. S. M., *renunció al derecho eventual que le correspondería, en caso de sobrevivir a doña L. de la P. I., al usufructo desde el fallecimiento de esta señora*, del piso quinto izquierda de la casa número 5 de

la calle de Lucio del Valle, de Madrid, efectuando la renuncia *por el mismo precio en que había comprado ese derecho eventual*. La primera copia de esta escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad número 5 de esta capital y devuelta con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento en este Registro de la Propiedad núm. 5 de los de Madrid, a las diez horas y treinta minutos del día 25 de agosto último, asiento 3.757 al folio 294 del Diario 28, se suspende su inscripción por el defecto, que se estima subsanable, de no acreditarse el consentimiento de la esposa del renunciante, doña M. S. M., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil. No se ha solicitado anotación preventiva de esta suspensión. Esta nota se extiende previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 485 c) del Reglamento Hipotecario. Madrid, quince de octubre de mil novecientos setenta y siete.—El Registrador.—Firma ilegible.»

3.º) Que el 27 de octubre de 1977 el propio notario aquí recurrente interpuso recurso a efectos doctrinales exclusivamente, que fue desestimado por el Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, por Auto de fecha 1 de diciembre de 1977, y apelado por el recurrente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado el 6 del mismo mes y año, que se hallaba pendiente de resolución, cuando fue retirado por escrito de 6 de abril de 1979, debido a que la propia Dirección General, con fecha 4 de mayo de 1978 dictó una Resolución («B. O. E.», de 17 de junio de 1978, pág. 14341), en el cual estimó que no eran bienes gananciales los adquiridos en situación de separación de hecho, es decir, no habiendo vida de consuno, pues precisamente don F. B. P., cuando adquirió la expectativa de usufructo antes referida se hallaba desde hacía muchos años separado de hecho de su esposa doña M. S. M.

4.º) Que presentada de nuevo en el Registro de la Propiedad núm. 5 de esta capital la referida escritura de renuncia de derecho eventual autorizada por el Notario recurrente el 2 de junio de 1979 acompañada de un acta autorizada también por el propio recurrente el 25 de mayo de 1977, número 1.352 de mi protocolo de dicho año, acreditativo del estado de separación de hecho de don F. B. P. y su esposa doña M. S. M., por lo menos desde el año 1950, habiendo alcanzado la mayoría de edad el menor de los hijos de su matrimonio en el año 1962:

El Registrador de la Propiedad puso en la copia presentada, la siguiente nota: «PRESENTADO el precedente documento a las diez horas del día 2 de junio corriente, asiento núm. 2.731 al folio 234 del Diario 31, en unión de un acta autorizada por el mismo Notario en Madrid, con fecha 25 de mayo de 1977 y número 1.352 de su protocolo, se SUSPENDE su inscripción por el defecto, QUE SE ESTIMA SUBSANABLE, de no acreditarse el consentimiento de la esposa del renunciante, doña M. S. M., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil. No se ha solicitado anotación preventiva de esta suspensión. Cumplido lo prevenido en la letra c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario. Madrid, 21 de junio de 1979.—El Registrador del núm. 5.—Firma ilegible, rubricado, sellado y reintegrado.»

De estos hechos, son de destacar las siguientes circunstancias:

a) Que don F. B. P. cuando otorgó la escritura en que bajo la condición suspensiva de sobrevivir a doña L. de la P., convino la adquisición del usufructo del referido piso por el período comprendido entre el fallecimiento de la primera, como fecha inicial, y el del segundo, como fecha final, llevaba largos años separado de hecho de su esposa doña M. S. M.

b) Que en la primera de las dos citadas escrituras, don F. B. P. no adquirió usufructo alguno, puesto que la compraventa fue sometida a la condición suspensiva del fallecimiento de la vendedora, momento en el que, tan sólo en el caso de sobrevivir, lo adquiriría.

c) Y que en la segunda de las dos citadas escrituras dicho don Fernando no renunció sino al derecho eventual que podría corresponderle en el caso de darse la circunstancia, antes expresada, de premorirle la vendedora, y que no nacería sino al fallecer ésta.

d) Y que doña L. de la P. no abonó al renunciante don F. B. sino exactamente la misma cantidad que éste le había satisfecho como precio de la compra, es decir, que, simplemente, se la devolvió.

B) FUNDAMENTOS DE DERECHO

a) *El fundamento aducido por el Registrador de la Propiedad a favor de la necesidad de consentimiento uxorio para la inscripción de la renuncia efectuada*, se concreta al texto del artículo 1.413, § 1.º, del Código civil, que dice: «El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer, o en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles».

La calificación registral que motiva este recurso parte, por consiguiente, de que la renuncia al expresado eventual y futuro usufructo, aún no nacido, es *un acto de disposición de un bien inmueble*.

No indica la nota cuál es el fundamento de su calificación como *inmueble* de un derecho *no nacido aún y sólo eventual* en cuanto *sometido a la condición suspensiva* de que don F. sobrevivirá a doña L. y *sin efecto retroactivo*, puesto que tal usufructo no podría comenzar sino en caso de producirse dicho evento y a partir del fallecimiento de esta señora.

Pero, seguramente, el fundamento de esa calificación como inmueble de dicho derecho, aún eventual y futuro, debió apoyarse en el artículo 334 C. c. que declara: «*Son bienes inmuebles 10.º y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*».

Pero esta calificación del Registrador de la Propiedad que corresponde a los actos dispositivos de bienes inmuebles o derechos reales sobre bienes inmuebles de naturaleza ganancial, ya existentes, halla en el supuesto discutido los siguientes obstáculos que es preciso considerar:

1.º) *La situación de separación de hecho*, desde largos años de don F. B. P. cuando otorgó la compra bajo condición suspensiva y plazo futuro e incierto

del usufructo, no puede dejar de ser tenida en cuenta a efectos de si para renunciarlo debía contar con el consentimiento uxorio, pues como ha declarado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de mayo de 1978, «*es indudable que la situación de separación de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un periodo más o menos largo de tiempo, ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y puede producir determinados efectos jurídicos...*».

Y respecto la posibilidad de alegar el texto del artículo 95 del Reglamento hipotecario, la propia Resolución la ataja en su penúltimo considerando, que dice así:

«Considerando en efecto que este artículo 95 en su redacción actual es una novedad introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959, que trató de acomodarse a la Reforma que del artículo 1.413 del Código civil hizo la Ley de 24 de abril de 1958, sin que pueda dársele un mayor alcance que el que tienen las disposiciones sustantivas sobre la materia (en particular el artículo 1.401, 1.º), ya que la finalidad perseguida era la de poner a disposición del funcionario calificador la existencia de un elemento fundamental a tener en cuenta en la futura calificación de un acto de disposición o gravamen sobre el inmueble ahora adquirido, y aunque incluso en la situación normal de un matrimonio pueda parecer excesivo que de acuerdo con dicha regla 1.ª se practique la inscripción a nombre de los dos cónyuges cuando sólo adquirió uno de ellos, con lo que aparece como titular registral quien no ha sido parte en el acto o contrato, todavía resultan mucho más anómalo la práctica de una inscripción de esa forma, cuando de las manifestaciones hechas por el cónyuge comprador y aún sin entrar a calificar la naturaleza del bien, que a falta de otros elementos de juicio pudiera tener la consideración de ganancial, con arreglo al artículo 1.407 del Código civil, aparecen justificadas reservas a la aplicación del mencionado precepto reglamentario».

La referencia que hace la Resolución a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la comprobamos:

En la S. de 8 de noviembre de 1898, la cual declaró que la mujer no venía obligada a entregar al marido los frutos de sus parafernales, *por vivir separados* y no *existir cargas del matrimonio*. Criterio reiterado por las SS. de 21 de noviembre de 1907 y de 18 de noviembre de 1911.

En la S. de 14 de enero de 1928, que no sólo reiteró el expresado criterio, sino que además estimó que la mujer en estas condiciones no necesitaba autorización de su marido para levantar fondos (que normalmente serían gananciales) y aun para contraer deudas para reparar edificios suyos y hacer labores extraordinarias.

Criterio que la referida Resolución de 4 de mayo de 1978, extiende a la posibilidad de que la mujer adquiriera una vivienda, con dinero que en otras circunstancias sería ganancial, y que dicha vivienda no se inscriba, a tenor del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, a nombre de ambos cónyuges para la sociedad legal de gananciales como en los supuestos normales.

¿Cómo no aplicarse el mismo criterio a un marido anciano que trata de asegurar por medio de un usufructo, que en ese caso estaba sometido a una condición suspensiva y a un *dies a quo*, su vivienda para los últimos años de su vida, y por qué privarle de su disposición atendidos motivos personales suyos?

No es preciso llegar más allá, como no llegó el Tribunal Supremo, ni la Dirección General de los Registros en los supuestos aludidos. No estimamos necesario profundizar en el viejo requisito de la vida *de consumo* —«ganaren o compraren de *consumo*», como decía del marido y la mujer la ley 1.ª, título II del libro III del Fuero Real—; pero sí advertiremos ante los comentarios de García Goyena, al artículo 1.310 del Proyecto de 1851 (*Concordancias...* vol III, pág. 521) y de Manresa al artículo 1.393 del Código civil (*Comentarios*, vol. II, págs. 478 y sig.) acerca de que estos artículos zanjaban tal cuestión, que ciertamente no la trataba de resolver aquél ni la resolvió éste, sino sólo la vieja cuestión del momento inicial de la sociedad de gananciales, que vemos discutida por Alonso Díaz de Montalvo en su glosa a las palabras *de consumo* de la citada ley (cfr. ed. Salamanca, 1569, fol. 112 vt.). En realidad, queda sin precisar en nuestro régimen actual para caso de *no haber vida de consumo*, la solución de la ley 203 del *Stylo*, que recogió la costumbre de *presumir*, que los bienes eran de ambos, marido y mujer, que implicaba la *presunción de haber vida de consumo*, si no se probare que fuesen de uno solo de ellos, es decir, *nisi contrarium probatur*, como comentó Christophoro de Paz (*Scholía ad leges regias Stilo y ed. Madrid, 1603, gl. 11 a dicha ley, fol. 609*). Pero, repetimos, no es preciso profundizar hasta ahí, como tampoco hicieron ni las sentencias ni la resolución citadas.

2.º) *El usufructo es de carácter personalísimo y sólo puede considerarse ganancial su contenido económico*, tal como ocurre con la condición de socio en las sociedades personalistas en las que asimismo es diferenciable tal condición de socio y el contenido económico que lleva inherente. Este carácter lo afirmó la Sentencia de 2 de junio de 1952, al declarar que el usufructo *es un derecho eminentemente personalísimo*; y resulta del artículo 498 del Código civil, al determinar que el usufructuario «*que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufren las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que la sustituya*». Es decir, el usufructuario no puede desprenderse del aspecto pasivo de su titularidad, que le sigue vinculada, aunque enajene nominalmente su derecho, pero efectivamente tan sólo su ejercicio activo.

Es algo que, ya en nuestros años de estudiante, me habían hecho notar mis maestros Blas Pérez y José Alguer, como lo reiteraron en sus notas al *Derecho de cosas* de Wolf (vol. 2.º, § 114, II, pág. 71). Por eso el profesor, y hoy magistrado de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, José Beltrán de Heredia (Rev. Der. Priv. 1941, pág. 225) sostiene la intransmisibilidad del derecho de usufructo. E igualmente Roca Sastre (*Derecho Hipotecario IV-1.º, páginas 397 y sigs., 6.ª ed.*) afirma que el usufructo «*es, indudablemente, un derecho personalísimo, subjetivado, o sea, adscrito o vinculado inseparablemente a una persona, debido a que se establece en consideración a la per-*

sona a cuyo favor se constituye» que, por ello, «no es comunicable ni transmisible» y quien nominalmente lo transmita «únicamente habrá traspasado su goce, utilidad o ejercicio», «se habrá desprendido del contenido económico del usufructo, pero seguirá siendo usufructuario».

Volviendo al paralelo con la condición de socio, también personalísima, podemos afirmar que en ambos casos, en consecuencia, ni el derecho de usufructo ni la condición de socio tienen carácter ganancial, aunque se hayan adquirido constante el matrimonio. Lo que es ganancial, en su caso, es su contenido patrimonial, es decir, el disfrute.

Por ello, es lógico y razonable que la Dirección General de los Registros exija el consentimiento uxorio para que el marido transmita o grave ese contenido patrimonial, pero no lo sería que lo exigiera para su renuncia, que incluye ambos aspectos activo y pasivo, y que es facultad personalísima del usufructuario, sin perjuicio de que, al liquidarse la sociedad de gananciales, haya de liquidarse la cuantía del contenido patrimonial inherente.

Ahora bien, en nuestro caso, en el momento de la renuncia, hallándose el usufructo en pendencia suspensivamente condicional, el disfrute no había comenzado aún: es decir, no existía aún contenido patrimonial y, por tanto se carecía de sustancia ganancial. Y, no habiéndola, es inconcebible que fuera necesario el consentimiento uxorio para la renuncia de esa situación de pendencia condicional tendente a la eventual adquisición de un usufructo futuro.

3.º) Además en nuestro supuesto, el usufructo renunciado no había aún nacido, pues se hallaba suspensivamente condicionado, ya que, en nuestro supuesto, la constitución y venta del usufructo, a don F. B. por doña L. de la P., se hacía pender en el propio título:

1.º) De «la condición suspensiva de que aquél sobreviviera a doña L.».

2.º) Y del término incierto, que discurriría, en caso de darse el supuesto previsto, «durante el periodo comprendido entre el fallecimiento de la primera [doña L.] como fecha inicial y el del segundo [don F.] como fecha final», con lo cual se elimina toda sombra de posible retroactividad.

Y hecha esta observación fáctica, conviene analizarla en Derecho, distinguiendo el aspecto civil y el hipotecario.

Naturaleza en Derecho civil de la situación del titular en pendencia condicional.

En nuestro Derecho positivo no tenemos más precepto relativo a la adquisición de los derechos condicionados, que el artículo 1.114 C. c., que pese a referirse a las obligaciones, debe extenderse por analogía también a los derechos reales constituidos condicionalmente, al faltar norma en el Código directamente referida a éstos, pues no se atisba razón alguna para aplicar regla distinta a la adquisición de los derechos de crédito que a la de los derechos reales, en igual supuesto de someterse a condición. Y este artículo declara que esa adquisición «dependerá del acontecimiento que constituya la condición».

Doctrinalmente, vemos confirmado, como estudiamos ya hace años («Donación, condición y conversión jurídica material»), este criterio legal suspensivo del nacimiento del derecho. Ello requiere el análisis de la situa-

ción de pendencia característica de todo negocio sometido a condición suspensiva. Más concretamente, a nuestro objeto, en relación a los negocios dispositivos que a los obligatorios. Es decir, en aquellos supuestos en que la perfección del acto puro produciría una transmisión, que queda pendiente por haberse agregado a su supuesto de hecho normal un evento condicionante.

Si todo hecho supone el tránsito de una situación inicial a otra situación final—tránsito que en nuestro caso se concreta a variar el sujeto del derecho que se pretende transmitir—, debe preguntarse si se habrá operado algún cambio de titularidad en el período de pendencia que media entre la disposición condicional y la realización del evento condicionante.

Varias explicaciones han sido defendidas por los autores Sucinta y elementalmente trataremos de exponer las principales. Son las siguientes:

a) Algún autor ha pretendido que el acto se perfecciona a la par que su núcleo central. Ya entonces nacen los derechos derivados del mismo, suspendiéndose solamente su ejecución que queda pendiente de la realización del evento.

Pero, como observa Falzea, *la condición en cuanto viene a incorporarse al negocio, haciéndolo idóneo para desplegar su efecto, pertenece a la zona del supuesto de hecho; y por tanto, se coloca necesariamente antes del nacimiento de la situación efectual. Pertenece al devenir del acto, no al devenir del efecto.*

Otros autores, que han aceptado como cosa normal que la condición afecta al nacimiento de los derechos, poderes o demás situaciones jurídicas subjetivas, creen posible que, en ocasiones, se limite a suspender su ejercicio. Hipótesis correspondiente a la pretendida figura de la condición ejecutiva. Donati, que distingue dos elementos en el poder jurídico: el poder de pertenencia, o poder nudo, y el poder de ejercitar la autoridad reconocida, en el límite de aquella esfera (facultad de ejercicio del poder), ha afirmado que el poder jurídico puede estar incondicionado respecto a su titularidad, pero condicionado, en cambio, respecto al ejercicio, por un evento, que funcionaría como condición del ejercicio.

Esta distinción es concebible respecto al término inicial, dada la certeza del ejercicio sólo retardado. Pero, en cambio, *es inaceptable en la condición, ya que junto a un ejercicio incierto no tiene sentido una titularidad actual cierta.*

b) Otros autores han partido de la conocida observación de Ihering sobre el lado pasivo de los derechos. Aspecto que produce un efecto de sujeción, que vincula a las partes y al objeto a la suerte del negocio condicional. En cambio, el lado activo del derecho queda en suspenso hasta el cumplimiento de la condición.

Pero esta teoría presenta una dificultad lógica: *¿Cómo puede escindirse un derecho, atribuyéndose su lado pasivo a una persona mientras el lado activo queda en manos del transferente?*

Por otra parte, *la vinculación es una consecuencia que puede derivar de la eficacia del acuerdo negocial—que normalmente produce ese efecto definitivo, aun en el período de pendencia—, pero es totalmente independiente*

de la titularidad del derecho condicionado. Este, si como todo derecho subjetivo supone una posibilidad de libre actuación de su contenido, no puede haber entrado durante el período de pendencia en la esfera del sujeto expectante.

c) No ha faltado, tampoco, quien haya visto en la situación de pendencia una especial titularidad del derecho condicionado. Titularidad constituida, como anverso y reverso, por el derecho del transferente, sometido a condición resolutoria, y del adquirente, sometido a condición suspensiva. En este sentido se habla usualmente de propiedad bajo condición suspensiva, o de que se tiene un determinado derecho sometido a condición suspensiva. Así Morell, refiriéndose a la situación de reserva viudal, explica: «El derecho del viudo se halla afecto a una condición resolutoria; el derecho de los hijos se halla afecto a una condición suspensiva... Hay que distinguir entre la adquisición condicional y la definitiva...»; y añade: «sabemos que ese derecho se halla sujeto a una condición suspensiva».

Pero se ha observado que *el derecho condicionado no existe aún «pendiente condicione»*. Es inexacto decir que algo existe bajo condición: *lo sometido a condición suspensiva es algo que existirá quizá, pero que por el momento no existe.*

d) De modo semejante se ha dicho que la disposición condicional supone la enajenación de una parte futura de la propiedad o derecho objeto de la transmisión. O que el vendedor bajo condición suspensiva conserva la propiedad temporal, hasta la realización de la condición, y la posibilidad de que retorne a ser indefinida si la condición falla.

Pero, si causa esfuerzo admitir la actualidad de una titularidad cierta para el futuro, llega a ser totalmente inconcebible una titularidad actual, proyectada al futuro, cuya realidad se halla pendiente de que ocurra un acontecimiento de incierta realización.

e) Huyendo de esas dificultades, la mayor parte de la doctrina alemana ha distinguido del derecho definitivo, que debe adquirirse al perfeccionarse la condición, el derecho correspondiente a su presunto adquirente durante el período de pendencia. No se trata, pues, del mismo derecho en situaciones distintas (condicional y pura), sino de dos derechos diferentes, el primero de los cuales tiende hacia la adquisición del segundo.

Enneccerus lo perfila como un derecho a adquirir «*ipso iure*» (es decir, sin acto especial de adquisición) al cumplirse la condición. Von Thur entiende que la enajenación condicional puede equipararse a un gravamen del derecho del transferente, por transferencia constitutiva.

En nuestra patria la tesis de Enneccerus, además de Blas Pérez y Alguer, también la ha aceptado Roca Sastre, que la aplica a la situación de reserva («Estudios de Derecho Privado», II —Madrid, 1948—, cap. IX, págs. 305 y 315 y ss.): «Los reservatarios—dice—son titulares de un derecho de adquisición sujeto a condición suspensiva..., el reservista tiene una propiedad revocable, por estar sujeta a condición resolutoria».

Este derecho preliminar de adquisición tendrá naturaleza absoluta, o relativa, según la correspondiente al derecho definitivo al que tiende. Así

dará lugar a una sujeción o a una previa obligación, y sólo en el primer caso su titular tendrá acción contra tercero.

La construcción como derecho potestativo de la posición jurídica del adquirente en el negocio condicional, antes que por otro jurista fue criticada por Seckel. Este autor alegó que *le falta una característica típica de la categoría de derechos potestativos: que la modificación jurídica a la que tendían fuese producida precisamente por un acto de su titular.*

Para la crítica de la concepción del derecho preliminar, parte Rubino del concepto de derecho subjetivo. La plantea con estas interrogaciones: ¿Basta, para la existencia de un derecho subjetivo, que se deje a la libre iniciativa del titular el poder de obtener la actuación coactiva del derecho en caso de violación de éste? O, por el contrario, ¿es necesario que, antes de entrar en la fase de violación, sea atribuido al titular la posibilidad de actuar libremente en determinada dirección, es decir, la facultad de desarrollar la actividad necesaria a fin de que el derecho pueda ejercitarse? Concretamente, el concepto de derecho subjetivo, ¿requiere la posibilidad de su ejercicio? *Objeto del derecho subjetivo* —contesta Rubino— *es la protección de un interés, «finalidad» que sólo se consigue con el ejercicio del derecho. Por tanto, el derecho subjetivo nace para ser ejercitado y con él debe nacer la posibilidad del ejercicio.*

Sobre esta base, concluye que si al concepto de derecho subjetivo es esencial la posibilidad de libre actuación de su titular para la realización no coactiva de su contenido, resultará que la posición eventual del adquirente bajo condición no puede ser considerado como tal derecho.

g) Entre la más moderna doctrina es común otra distinción. Entre la expectativa condicional, en sí misma, considerada, y los efectos cautelares o preliminares que la acompañan.

Para Rubino la expectativa, de una parte, designa siempre un *quid de mero hecho: simple esperanza de futura adquisición de un derecho.* Mas de otra, obtiene entidad jurídica en cuanto es protegida por el complejo de los efectos preliminares, que defienden la futura adquisición del derecho. Por eso, *jurídicamente, la expectativa es una entidad jurídica subordinada al conjunto de estos efectos preliminares singulares, que se producen a favor de un sujeto. Supone, por tanto, un interés jurídicamente protegido, pero no un derecho subjetivo.* Pues, a juicio de Rubino, la noción del derecho subjetivo requiere la posibilidad de una libre actividad del titular (o de alguien en su lugar) para la realización no coactiva del derecho en la fase que precede a su violación.

Igualmente, Betti afirma: *«El titular de una expectativa suspensivamente condicionada no lo es de ningún derecho actual, sólo es el eventual titular de un derecho futuro. Esta simple constatación se opone a las tentativas hechas para asignar un contenido actual al derecho condicionado»...*

De otro lado —añade—, ya en pendencia la condición, existe el germen de vida de una relación jurídica futura, de la cual surgirá, sin más, con sólo producirse la condición, ya que entonces se hallará completo el supuesto de hecho que la engendra. El negocio bajo condición crea, por tanto, una situación jurídica caracterizada por *algunos efectos provisionales y preli-*

minares, destinados a asegurar la actuación de la regulación de intereses delineada por las partes, en el caso de cumplimiento de la condición; *efectos* que despliegan una función de garantía y tutela de la *expectativa*, con *vistas al cumplimiento futuro o la futura resolución de la situación actual*.

Es cierto que esta situación preliminar goza de una *sujeción*, que produce su irrevocabilidad y el deber de no impedir la realización del evento condicionante, que la protegen y defienden; pero *ese complejo preliminar no debe confundirse con el derecho futuro que pende de la condición*.

Naturaleza de la situación de pendencia condicional inscrita en el Registro.

El criterio de que todo derecho condicionado inscrito es derecho real, puesto que se trata de un presupuesto preciso para que sea inscribible, parte de la evidente confusión de estimar que en nuestro Registro de la Propiedad el objeto de la inscripción son los derechos reales sobre inmuebles, siendo así que—como dice Roca Sastre (*Derecho Hipotecario*, 6.ª, ed., vol. II, pág. 609)—: «Los *derechos reales* —por inmobiliarios que sean— *no son objeto de inscripción*, en sentido amplio, sino sólo *resultancia o reflejo* de la *inscripción de los actos de mutación jurídico-real de los mismos*... «lo que propiamente es *objeto directo de inscripción* son los *actos de mutación jurídico real de los mismos*...». Por eso, ha dicho Núñez Lagos («El Registro de la Propiedad español», R.C.D.I. 1949, págs. 149 y ss.) el Registro de la Propiedad español es un Registro de «*títulos*» no de *derechos*. Y Lacruz («*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*», pág. 112) precisa que debe distinguirse «entre lo que es objeto de la inscripción—los actos—y lo que es objeto de la publicidad registral—los derechos—».

Siendo así, *la inscripción de un título en el que bajo condición suspensiva se constituye un derecho, publica esa constitución condicional, sin implicar que tal derecho haya nacido aún, mientras no se cumpla el evento condicionante*.

El efecto de su inscripción nos lo explica el mismo Roca Sastre (pág. 673): «*La ventaja del acceso registral de los actos o negocios condicionales suspensivamente, es el poder ganar los mismos "prioridad registral", siempre naturalmente, que la condición llegue a cumplirse, transformándose la expectativa de derecho inscrita en titularidad actual del derecho, siempre con el auxilio de los efectos retroactivos correspondientes*» (cuando los haya). Eso no conjuga con su afirmación anterior (pág. 669) de «que participa de la naturaleza misma del derecho a que tiende», puesto que no produce sino la prioridad registral correspondiente y la sujeción de toda carga inscrita, que aún no constituye un derecho actual, y que, entretanto, tienen el carácter negativo de «gravamen, afección, limitación o restricción de carácter o transcendencia real», lo que «hace que una vez registradas *perjudiquen a terceras adquirentes*» (pág. 647).

Tampoco puede decirse que una expectativa condicional se convierta en derecho real inmobiliario por el hecho de su inscripción, que les da eficacia respecto de tercero, pero no puede cambiar su naturaleza, como tampoco la cambian los derechos personales que se inscriben (opción, arrendamientos), «*sin que*—como dice Roca Sastre (pág. 633 y s.)—*al acceder tales derechos obligacionales al Registro se transformen en reales, pues el*

Registro, naturalmente no tiene virtualidad suficiente para alterar la naturaleza...». Así como tampoco los derechos reales no inscritos dejan de serlo por el hecho de no afectar a los terceros registrales.

Así la inscripción de la situación de pendencia condicional, la asegura respecto de terceros, pero no cambia su naturaleza en derecho real actual.

4.º) *La norma del artículo 1.413 no es de interpretación extensiva.*

El hecho de que la Dirección General de los Registros haya considerado innecesaria la licencia uxoria para la cancelación de las hipotecas, parece indicar que la interpretación extensiva del artículo 1.413 no es el criterio seguido por ella.

La cuestión tiene interés aquí para la interpretación de la expresión *bienes inmuebles* que, conforme al artículo 334, incluye los derechos reales inmobiliarios, pero no debe incluir —conforme hemos visto en el punto I— las situaciones de pendencia suspensivamente condicionada de los mismos. Y tiene interés, en especial, respecto los actos de renuncia de expectativas e, incluso, de derechos potestativos dirigidos a la adquisición de algún derecho real inmobiliario. Así, en la práctica, se admite sin vacilar la renuncia sólo por el marido del derecho de retracto legal dimanante de un arrendamiento constituido durante el matrimonio regido por la sociedad de gananciales o de la titularidad de un predio colindante también ganancial, e igualmente de una opción inscrita, adquirida también constante el matrimonio. Criterio que nos parece analógicamente aplicable a la renuncia de expectativas condicionales tendentes a la adquisición de un derecho real inmobiliario.

¿Cómo puede, pues, calificarse de bien inmueble un derecho que aún no existe, aunque se halle en pendencia condicional inscrita en el Registro de la Propiedad? ¿No es evidente que se trata de una interpretación muy extensiva del artículo 1.413 C. c. la que mantiene la nota recurrida?

II

El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, en Auto de fecha 14 de noviembre de 1979, desestimó el recurso con los siguientes Considerandos:

Que el primordial y repetido (por ser el mismo de precedente recurso gubernativo) problema suscitado es el de si el acto de renuncia del derecho de usufructo sujeto a la condición suspensiva de que el comprador sobreviviera a la vendedora del mismo, sobre el piso quinto, izquierda, interior, de la casa núm. 5 de la calle Lucio del Valle, de Madrid, adquirido por don F. B. P., constante su matrimonio con doña M. S. M. a medio de cierta contraprestación sin que siquiera se consignara en la escritura la procedencia del dinero en que consistía, podía otorgarle sólo dicho esposo, pendiente aquella condición, como efectivamente lo hizo, si además necesitaba el consentimiento de su mujer, debiendo agregarse que la constitución condicional del mentado derecho de usufructo se inscribió el 8 de marzo de 1971, haciéndose constar literalmente en el asiento correspondiente, de acuerdo con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, que el precio

de su adquisición era presuntamente ganancial, lo cual implicaba registralmente, a reserva de posible y futura prueba en contrario, que se había hecho a costa del caudal común, y que ese asiento subsistía cuando en 21 de junio de 1979 se extendió la nota en este recurso refutada suspendiendo la inscripción de la escritura de 9 de septiembre de 1975 de renuncia de repetido usufructo, constituyendo nuevo extremo a estudiar y decidir en este auto el atinente a si la situación matrimonial de separación de hecho desde hacía años de la señora S. y el señor B., que en este segundo recurso se alegó por primera vez, modificaba el régimen de disposición de sus bienes gananciales, y concretamente de la cuestionada renuncia de usufructo.

Que prescindiendo, en cuanto al enunciado primer punto de este recurso, de la argumentación que para su desestimación podía significar el trascendente antecedente de que el recurrente señor Vallet consintió, por desestimiento de la apelación que formulara, el anterior auto de 1.º de diciembre de 1977 que rehusó la impugnación por él deducida de nota registral equivalente a la aquí combatida, al propio efecto o igual fin desestimatorio debe empezar por recordarse que la extinción del derecho de usufructo por renuncia, expresamente prevista en el núm. 4.º del artículo 513 del Código civil, requiere naturalmente el consentimiento del nominal usufructuario, y siendo el de ahora de presunta o legal naturaleza ganancial por el principio general del artículo 1.407 del mismo Código, precisa también el de la esposa por prevenirlo la imperativa disposición en su nueva redacción del artículo 1.413 del propio texto legal, dado que tal derecho real ha de reputarse bien inmueble por analogía (núm. 10 del artículo 334 de igual Código); siendo ello así, además, porque la concreta renuncia que nos ocupa constituye, indudablemente, voluntario acto de desprendimiento de derecho real en cosa ajena y, por tanto, uno de los supuestos de negocio dispositivo a que se refiere aquel artículo 1.413.

Que, en contra, no debe prevalecer la alegación del recurrente, en principal base del artículo 1.114 de aquel cuerpo legal y de la erudita doctrina que aduce, de que la motivación de la nota rebatida no es aplicable al caso de derechos eventuales, todavía no nacidos, como son los sometidos, sin efecto retroactivo, a condición suspensiva antes de cumplirse la misma, en este caso ya se sabe a que sobreviviera el usufructuario a la vendedora del usufructo, pues como ya se razonó en el antes aludido auto de esta presidencia del primer recurso planteado, la inscripción de los actos sujetos a esa clase de condición o su transcripción en el Registro, es admitida en nuestro positivo derecho hipotecario, autorizándola, entre otros, los números 2.º de los artículos 2.º y 9.º de la Ley Hipotecaria y el 4.º del 52 de su Reglamento, «declarando y proclamando el asiento una expectativa de probable derecho con entidad patrimonial o el derecho a adquirir otro «ipso iure» o un derecho que participa de igual naturaleza que aquel a que atienda, lo que entraña titularidad condicional que coexiste con la todavía actual y vigente del transferente, titularidad que logra con su inscripción cierto rango registral, lo que viene a significar el reconocimiento de un derecho subjetivo de carácter real del beneficiario condicional de tal registración», añadiéndose, de acuerdo con los Registradores informan-

tes, que si el derecho condicional en cuestión se hubiera inscrito improcedentemente, el problema debería haberse reducido a postular la cancelación del asiento conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Que como lógica y obligada secuela de todo ello, se insiste en que no se puede prescindir, al menos dentro del campo de nuestro derecho registral inmobiliario en el que ahora primordialmente hemos de movernos, en la renuncia del derecho de usufructo que nos ocupa de la intervención o conformidad de la cónyuge del señor B. o, en su defecto, de acudir al remedio supletorio del propio artículo 1.413 del Código civil de la autorización judicial, a cuya señora había que reputar, hacía más de ocho años cuando se extendió la nota rebatida, cotitular registral del consabido usufructo condicional en virtud del conocido pormenor de la inscripción entonces causada de que el precio del mismo era presuntivamente común, asiento que ha de producir, según el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Que a la anunciada decisión no se opone el dato (inferido puede que como consecuencia no absoluta e indiscutible del antecedente de que desde antes de la compra del usufructo de autos en 1970 el comprador ha venido siendo empadronado, como huésped, en domicilio distinto al conyugal) de la separación de los esposos señora S. y señor B., toda vez que esta clase de separación matrimonial de hecho no la contempla y pondera el derecho positivo como causa de exoneración del consentimiento uxorio del tan mencionado artículo 1.413 del Código civil, salvándose luego el inconveniente u obstáculo que esa separación pueda originar con la arbitrada solución de la repetida autorización judicial; porque la Dirección General de los Registros no estimó en resolución de 4 de mayo de 1978, como asevera el recurrente en su recurso, «que no eran bienes gananciales los adquiridos en situación de separación de hecho», pues lo que dijo en su octavo Considerando a propósito de caso esencialmente diferente al presente, de adquisición de inmueble por mujer casada y a cómo debía inscribirse esa adquisición, fue que «la situación de separación de hecho de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un período más o menos largo de tiempo, ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo»; porque la jurisprudencia a que alude esa resolución y precisamente invoca el recurrente (Sentencias de 9 de noviembre de 1898 y 14 de enero de 1928) se contrae, respectivamente, a supuestos ahora tan extraños como a que la mujer no venía obligada a entregar al marido los frutos de sus parafernales por vivir separados y no existir cargar del matrimonio, y a que si los conyuges viven separados y no tienen hijos ni cargas matrimoniales que levantar, la mujer tiene plena capacidad administrativa sobre sus bienes parafernales sin tener que entregar nada a su marido, y, por último, porque sólo a través de extensiva y un tanto atrevida interpretación lógica podría, si acaso, llegarse, en base de la expuesta doctrina jurisprudencial, a la conclusión que propugna el recurrente, lo que no se juzga de ortodoxa y cabal prudencia y procedencia.

III

Contra el Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, el Notario Juan Vallet de Goytisolo apeló ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, con el siguiente escrito en base a los siguientes fundamentos de derecho.

El recurso interpuesto por el infrascrito notario contiene cuatro fundamentos de derecho a favor de la tesis sostenida, razonados en algo más de cuatro pliegos. El recurrente cree sinceramente que ninguno de sus razonamientos ha sido rebatido en los considerandos del Auto del Presidente de la Audiencia, que se limita a sentar afirmaciones o a razonar negativamente cuestiones que no son exactamente las aducidas por el recurrente. Es más, de los cuatro fundamentos aducidos, cualquiera de ellos suficientes para invalidar la tesis del Registrador, sólo de dos se ocupa el Auto, que silencia totalmente las razones contenidas en los otros dos.

No dudamos que en la Dirección General serán leídos, directamente de nuestro escrito de interposición del recurso, los cuatro fundamentos con todos sus correspondientes razonamientos. Por ello, para evitar reiteraciones innecesarias, circunscribiremos esta apelación a sintetizarlos y a examinar los silencios y las afirmaciones contenidas en los considerandos del Auto recurrido, siguiendo, para ello, el orden de los fundamentos de nuestro recurso.

1.º) *La situación de separación de hecho consentida por ambos cónyuges —puesto que ninguno ha instado al otro por abandono de familia— desde muchos años antes de la adquisición del usufructo por el marido y sin que existan cargas comunes en el matrimonio—situación que prueba el acta que se acompañó a la escritura de renuncia, como complementaria a la solicitud de inscripción de aquélla—, y que fue aducida por el recurrente como premisa menor para llegar a la conclusión de que, al no existir vida de consuno, no se generaron gananciales en ese estado.*

Contra esta conclusión, el Presidente de la Audiencia afirma que, a ella «sólo a través de extensiva y un tanto atrevida interpretación lógica podría, si acaso, llegase, en base a la expuesta doctrina jurisprudencial», añadiendo «lo que no se juzga de ortodoxa y cabal prudencia y procedencia». Pero, no razona tan rotundo juicio.

En cambio, creemos que la falta de *vida de consuno* material —y además espiritual, en los casos en que la separación material estuviere justificada por causa impediende legítima—, consentida por ambos cónyuges y no habiendo cargas comunes, priva de su causa y razón a la obtención de gananciales; y que la no consentida por uno de los cónyuges excluye de toda justificación la obtención por el otro de las ganancias obtenidas por aquél. Sinceramente creemos que, en esos casos, toda participación en las ganancias por el cónyuge que no las haya obtenido carece de causa legitimadora sin que el requisito natural de la vida de consuno en el matrimonio. Esta es de la *esencia justificativa* de los gananciales.

La dificultad de su estimación radica en que se trata de una situación de hecho, como sin duda lo es la separación de hecho en el matrimonio. Y

sólo en el sentido de mostrar su estimabilidad invocamos en el recurso las sentencias del Tribunal Supremo que en él se citan, y no en el que supone el Auto apelado. Lo que en el recurso tratamos de mostrar, y creemos evidente, es que el Tribunal Supremo ha valorado la separación de hecho en el matrimonio para atribuirle efectos jurídicos. Nada más ni nada menos.

Su prueba resulta del acta acompañada, no sólo por los datos de cinco padrones familiares de los años 1950, 1955, 1960, 1965 y 1970, sino también del certificado de percepción de prestaciones de la Mutualidad de Comercio, en la que se hace constar que nada cobraba don F. B. P. por razón de su esposa, y del oficio del Ayuntamiento de Madrid entre cuyos datos figura que el mismo señor B. estaba domiciliado en Lucio del Valle, 5; así como de las manifestaciones del portero de dicha casa y de una doméstica del piso 5.º izquierda interior de la misma casa, donde el repetido señor B. residía como huésped.

El auto dice, que «esa clase de separación matrimonial de hecho no la contempla y pondera el Derecho positivo como causa de exoneración del consentimiento uxorio del tan mencionado artículo 1.413 del Código Civil». Acotemos, ante todo, que tampoco ningún artículo del Código exonera a la mujer de entregar al marido, en caso de separación de hecho, los frutos de los parafernales, y que, sin embargo, el Tribunal Supremo estimó esa exoneración por las razones que constituían la misma esencia de tal obligación. Razón esencial, sin duda, como lo es también la existencia de vida de consuno para que se devenguen gananciales a favor del cónyuge que no obtuvo las ganancias, ya que sin ella—repetimos—falta toda justificación para que un cónyuge, que voluntariamente haya aceptado la separación de hecho del otro, los obtenga de las ganancias de éste. La *ratio* es idéntica.

También dice el Auto que «la Dirección General de los Registros no estimó en resolución de 4 de mayo de 1978, como asevera el recurrente en su recurso, "que no eran bienes gananciales los adquiridos en situación de separación de hecho", sino que sólo dijo, en su octavo considerando, "que la situación de separación de hecho de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un periodo más o menos largo de tiempo ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo"».

Pero lo cierto es que en las Resoluciones, como en las Sentencias, más que las simples palabras de sus considerandos, interesa la relación entre la razón determinante y el fallo. Y a este respecto, en la citada resolución, observamos:

a) Que los defectos puestos por el Registrador en la nota calificada fueron:

1.º) No acreditarse suficientemente el carácter parafernial del precio o contraprestación como exige el artículo 95, 3.º del Reglamento Hipotecario, ya que la mera separación de hecho de los esposos revelada en el documento por la simple manifestación de la adquirente no puede producir ninguna consecuencia en el mundo jurídico con trascendencia frente a terceros ni puede transformar lo que por ley es ganancial en privativo. Por tanto, la inscripción debe practicarse a tenor de la regla 1.ª del citado artículo 95.

2.º) Supuesto lo anterior, falta de consentimiento del marido de conformidad con el artículo 1.416 del Código civil, para obligar los bienes de la sociedad conyugal a través de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado y una cláusula penal también para caso de impago del precio».

b) Y que, no obstante, de conformidad con el Auto del Presidente de la Audiencia de Barcelona, la Dirección General de los Registros revocó la nota del Registrador, y, precisamente, aduciendo la separación de hecho —no probada en dicho caso, sino únicamente invocada—, decidió que se practicara la inscripción a nombre sólo de la mujer, sin necesidad de consentimiento marital no sólo en cuanto la compra sino, incluso, también respecto de la aceptación de la condición resolutoria.

Advirtamos que, en el caso de esa Resolución de 4 de mayo de 1978, el incumplimiento de la condición resolutoria (que incluso podría derivar del impago voluntario del precio aplazado por la mujer) daría lugar a la pérdida de la propiedad y a la cancelación de su inscripción de dominio, sin que el marido hubiera consentido, del mismo modo que en el caso de nuestro recurso la renuncia por el marido del futuro usufructo, por él comprado sin el concurso de la mujer, no sólo debe dar lugar a su extinción, sino también a la cancelación de la inscripción registral de su estipulación.

Añadiremos, aún, que el Registrador en su informe aduce, y el Auto apelado al final de su quinto considerando lo recoge, que, al haberse extendido el asiento a nombre de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal, de acuerdo con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y no sólo a nombre del adquirente, queda vinculado el Registrador, en toda posterior calificación, por el contenido del asiento así practicado. Pero las Resoluciones de la Dirección General de Registros de 10 de marzo, 7 de abril y 8 de mayo de 1978 muestran que no es así, sino que esa primera calificación como ganancial debe ser rectificadas por el Registrador ante la prueba documental de la inexactitud del supuesto contemplado en aquélla al extender el asiento. Prueba documental que en nuestro caso suministra la referida acta que se acompañó a la escritura calificada.

2.º) *El carácter personalísimo, «intuitus personae», del derecho de usufructo, que muestra el artículo 498 del Código civil*, al disponer que el usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, «será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya», lo cual implica que no es enajenable el derecho de usufructo sino sólo su contenido económico. Por consiguiente, el derecho de usufructo constituido a favor de uno solo de los cónyuges no es ganancial, siéndolo únicamente su contenido económico en caso de haberse adquirido aquél a título oneroso y durante el matrimonio con dinero o bienes no privativos. Ocurre lo mismo que con la condición de socio en las compañías personalistas, que sólo corresponde al cónyuge que la ostenta, siendo únicamente ganancial, en su caso, el contenido económico correspondiente.

Esta tesis resulta confirmada por el art. 1.403, § 1.º, del Código civil, que dispone: «El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los

cónyuges perpetuamente o de por vida, formará parte de sus bienes propios: pero los frutos, pensiones e intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales».

No se alegue que esta norma se refiere a los usufructos ya privativos por haberse adquirido antes del matrimonio o durante él a título lucrativo, por derecho de retracto o permuta perteneciente al adquirente o comprados con dinero exclusivo suyo; pues, en ese caso, el precepto sería redundante, puesto que así resulta ya del artículo 1.396 C. c. Por otra parte, el art. 1.403 no se halla en la sección segunda del correspondiente capítulo, que lleva el epígrafe *De los bienes de la propiedad de cada uno de los cónyuges*, sino en la tercera *De los bienes del matrimonio*, entre los cuales, en el art. 1.401 figuran: «1.º *Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos*».. Significando, así, el art. 1.403, § 1.º, una excepción del art. 1.401, núm. 1.º, explicable por el carácter personalísimo, *intuitus personae*, que venimos aduciendo. La expresión «perteneciente a uno solo de los cónyuges» sólo excluye aquellos usufructos adquiridos por ambos esposos sobre la vida de los dos o reservados para ambos en caso de venta de una cosa ganancial con reserva de usufructo, supuesto al que también es aplicable el art. 521 C. c. El mismo epígrafe 1.º del art. 1.403 declara ganancial el contenido económico, es decir, los frutos, pensiones e intereses devengados durante el matrimonio.

Además, en el caso de nuestro recurso, a mayor abundamiento, faltaba todo contenido económico en el usufructo renunciado —cosa que no ocurría en el caso que motivó la Res. de 31 de enero de 1979—, puesto que en el nuestro ni siquiera había nacido el usufructo y aún se ignoraba si llegaría a nacer, al no haberse cumplido aún la condición de que dependía. Por ello, a la sociedad de gananciales ni siquiera podría corresponderle un contenido económico que no existía ni podía existir.

Nada ha opuesto el Auto apelado en contra de este argumento, que es silenciado en él.

3.º) *La inexistencia del usufructo condicionado a un supuesto que aún no ha ocurrido y que, de ocurrir, no tendría efectos retroactivos, porque el inicio del usufructo también se remite al mismo evento que lo condiciona.* Inexistencia que resulta genéricamente del art. 1.114 del Código civil, según el cual la adquisición de los derechos condicionados, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, «*dependerá del acontecimiento que constituya la condición*». Este criterio del art. 1.114 resulta confirmado por la más moderna doctrina, que —como mostramos en el escrito de interposición del recurso— ha desechado totalmente la vieja doctrina del doble derecho —del titular actual y del sujeto a condición—, recíprocamente condicionados suspensiva y resolutoria, hace años recibida en los ambientes hipotecarios españoles. Predomina hoy la tesis de la *expectativa o simple esperanza* de un *eventual derecho futuro*, sin perjuicio de los *efectos preliminares de garantía* que aseguren los intereses de los sujetos de la expectativa para caso de que su derecho llegue a nacer.

El Presidente de la Audiencia no discute estas razones, «en principal base del art. 1.114 —dice— de aquel cuerpo legal [el Código civil] y de la

erudita doctrina que aduce [el recurrente]», sino que funda la existencia actual de un derecho condicional de naturaleza real, entre otros, en los artículos 2 y 9 de la Ley Hipotecaria y núm. 4 del art. 52 de su Reglamento, «declarando y proclamando el asiento una expectativa de probable derecho con entidad patrimonial, o el derecho a adquirir otro *ipso iure* o un derecho a derecho que participa de igual naturaleza que aquél a que tiende, lo que entraña titularidad condicional que coexiste con la todavía actual y vigente del transferente, titularidad que logra con su inscripción cierto rango registral, lo que viene a significar el reconocimiento de un derecho subjetivo de carácter real del beneficiario condicional de tal registración».

Sin embargo, no parece posible que la Ley Hipotecaria y su Reglamento modifiquen el sistema del Código civil en materia de condición, dando origen a un derecho real, *civilmente no contemplado*, en virtud de una hipotética *inscripción constitutiva*, sólo expresamente establecida en nuestro Derecho vigente para el nacimiento del derecho real de hipoteca, y nada más. El mismo Roca Sastre, que continúa sosteniendo la vieja tesis de los hipotecaristas del primer tercio de este siglo, sin embargo, en plena contradicción con ella, explica que: «*La ventaja del acceso registral de los actos o negocios condicionales suspensivamente, es el poder ganar los mismos "prioridad registral", siempre naturalmente que la condición llegue a cumplirse, transformándose la expectativa de derecho inscrita en titularidad actual del derecho, siempre con el auxilio de los efectos retroactivos correspondientes*» (cuando estos efectos correspondan, claro está).

Siendo así, tal inscripción no produce sino la *prioridad registral* correspondiente y la *sujeción* a toda carga inscrita que aún no constituya un derecho actual, y que, entre tanto, tienen el carácter negativo de «*gravamen, afección, limitación o restricción*», de modo que «*una vez registradas, perjudiquen a terceros adquirentes*». Pero ello no cambia la naturaleza de expectativa condicional, por lo que se refiere a quienes no sean terceros hipotecarios, de modo que no varía su naturaleza, como tampoco la cambian los derechos personales que sean objeto de inscripción (como la opción, los arrendamientos), «*sin que —como dice el mismo Roca Sastre— al acceder tales derechos obligacionales al Registro se transformen en reales, pues el Registro, naturalmente, no tiene virtualidad suficiente para alterar la naturaleza*», y menos aún —añadimos— *para convertir una expectativa en derecho*.

Así, *la inscripción asegura respecto de terceros la situación de pendencia condicional, pero no cambia su naturaleza en derecho real actual*.

No se alegue que si no fuesen derechos reales no se inscribirían, lo que implicaría una petición de principio. No olvidemos que nuestro Registro de la Propiedad no es un registro de *derechos* sino de *títulos*, constitutivos, modificativos o traslativos de derechos reales. Por eso, son inscribibles los *títulos en que bajo condición suspensiva se constituyan derechos reales, aunque éstos no hayan nacido aún mientras la condición no se cumpla; y esa inscripción del título publica únicamente la pendencia condicional del derecho aún no nacido, pero nada más, mientras el evento condicionante penda*.

4.º) Cualquiera de las tres razones alegadas es suficiente, aunque las otras dos no se den, para que la nota del Registrador resulte injustificada; pero —aparte de que creemos que las tres son evidentes— es de subrayar, además, *que parece muy extensiva la interpretación*, a efectos del consentimiento uxorio del art. 1.413, de *calificar como bien inmueble un derecho que aún no existe*, aunque se halle en pendencia condicional, inscrita en el Registro de la Propiedad, y *más aún resulta extensiva la exigencia de ese consentimiento para la renuncia, con mera devolución del mismo precio satisfecho, de un usufructo aún no nacido y con su nacimiento futuro condicionado suspensivamente.*

IV

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 15 de abril 1980, rechazó la apelación y confirmó el Auto presidencial y la nota del Registrador, con los siguientes Considerandos:

«Que al estar inscrito en el Registro conforme a la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario un derecho de usufructo sujeto a condición suspensiva adquirida por el marido durante matrimonio, la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si acreditada la situación de separación de hecho de ambos cónyuges muy anterior a la adquisición del usufructo, puede el marido por sí sólo renunciar por idéntico precio al de su compra a dicho derecho eventual, o necesitará para esta renuncia el consentimiento uxorio exigido por el artículo 1.413 del Código civil.

»Que la situación que da origen a la controversia hay que encuadrarla en aquéllas que la mayoría de la doctrina denomina como situaciones jurídicas interinas, y precisamente dentro de lo que constituye el supuesto más típico, que es el de pendencia, y en la que pueden encontrarse no sólo los derechos de crédito, sino también un derecho real, como sucede en este caso.

»Que estas situaciones caracterizadas por la nota de la provisionalidad hasta tanto tenga lugar el evento que las transforme en definitivas, y en las que existe una titularidad preventiva que recae sobre el que la doctrina suele denominar derecho condicionado o eventual, mantienen la estructura del derecho principal, por no ser su naturaleza independiente de la de éste, y participan en consecuencia de su carácter.

»Por tanto, que al haber sido adquirido el derecho eventual de usufructo durante el matrimonio y por precio, ha de entenderse que este derecho, por imperativo del art. 1.401-1.º, pasa a formar parte de los bienes que integran la sociedad de gananciales sin que, como declaró la Resolución de 31 de enero de 1979, el carácter personalísimo e intransmisible del usufructo que defiendo de parte de la doctrina científica sea obstáculo a la consideración de ganancial de este derecho y que, por consiguiente, su enajenación deba regirse por el art. 1.413 del Código civil, ya que su fundamento, que no es otro que el de la protección de los derechos de la mujer en la sociedad conyugal administrada por el marido, sigue en pie aún en situación de separación de hecho de los cónyuges.

»Que a mayor abundamiento el carácter real de la relación jurídica discutida se desprende de la postura adoptada por nuestro legislador en esta materia, al permitir y regular, entre otros, en el art. 23 de la Ley Hipotecaria, la forma de acceder al Registro de estas situaciones, que únicamente podrían serlo por el reconocimiento de su naturaleza real, dado lo dispuesto con carácter general en el art. 2 de la misma Ley, pues de no ser así por ostentar otra naturaleza, no podrían ser inscritas —y en el supuesto de este recurso se inscribió el usufructo constituido bajo condición— y de haberlo sido, procedería la aplicación del art. 98 de dicha Ley.

»Que la tesis sostenida de que el bien forma parte de los gananciales, y que, mientras no se pruebe su carácter privativo, los actos dispositivos se rigen por sus respectivas normas —art. 1.413 del Código civil—, no aparece desvirtuada por la Resolución de 4 de mayo de 1978, que se limitó a señalar la forma en que la adquisición hecha por la mujer separada de hecho debía reflejarse en el Registro, sin entrar a calificar la naturaleza del bien y sin introducir especialidad alguna para los actos dispositivos.»

R.