

# USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

CECILIA GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Sevilla

## SUMARIO

### I. INTRODUCCIÓN

### II. LA DISPENSA DEL PRINCIPIO «SALVA RERUM SUBSTANTIA»

### III. OBJETO

1. Su objeto son los bienes sobre los que recae el usufructo, sin que persista sobre el valor obtenido de la venta de los mismos.
2. La facultad de disponer se concede en interés del propio usufructuario.

### IV. CONTENIDO

1. Obligaciones del usufructuario.
2. El ejercicio de la facultad dispositiva.
3. El concepto de «necesidad exenta de justificación».

### V. CRÓNICA DE LA FIGURA EN EL ÁMBITO TESTAMENTARIO

1. Introducción.
2. La relación entre el usufructo con facultad de disponer y el fideicomiso de residuo.
3. La determinación del momento en que nudo propietario y fideicomisario de residuo adquieren derecho a la herencia.
4. El problema de quiénes han de intervenir en la partición de la herencia.

## I. INTRODUCCIÓN

Jurídicamente el usufructo, siguiendo a LACRUZ, es un derecho real en cosa ajena dirigido al uso y aprovechamiento de la misma, es decir, con derecho a gozarla y a extraer todas sus utilidades, a usarla y a poseerla. Pero económicamente se aproxima mucho a la propiedad temporal, caracterizada ésta por la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa, durante un tiempo limitado<sup>1</sup>.

La base legal para la admisión del usufructo con facultad de disponer en nuestro Derecho la proporcionan los artículos 470 y 467 del Código civil, pues como dice la Sentencia de 24 de abril de 1954, que el legislador concede tanta importancia a la voluntad del constituyente que hasta le permite derogar el principio tradicional «salva rerum substantia», considerado como de esencia en este instituto jurídico<sup>2</sup>. En efecto. De dicha regulación se desprende que para determinar en cada caso los derechos y obligaciones del usufructuario hay que atender, en primer lugar, a lo establecido en el título constitutivo, del que puede resultar que el usufructuario no quede obligado a conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada. De darse esta circunstancia, se estaría ante un caso realmente insólito, como lo califica BELTRÁN DE HEREDIA: «En

1. LACRUZ: «Derechos reales de goce», en *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*, vol. 2. Barcelona, 1989, §33, 34 y 35.  
2. Son palabras procedentes de RIVAS TORRALBA: «Notas sobre el usufructo con facultad de disponer», *RCDI*, 1976, núm. 513, pgs. 339 y ss., y 343.

una figura jurídica que consiste en usar y disfrutar de una cosa ajena, pero nada más que en esto, con la obligación de devolverla al final tal y como estaba, se permite precisamente que se disponga de esta cosa»<sup>3</sup>.

La regla general es la obligación de conservar; lo insólito es que el usufructuario pueda enajenar los bienes usufructuados. De concurrir esta posibilidad legal, según palabras del Tribunal Supremo, «se desnaturaliza el contenido del mismo por virtud de las excepciones que al final del artículo 467 se consig-nan. De ahí que el usufructuario pueda enajenar los bienes sólo cuando se le faculta para ello expresamente» (STS 29 mayo 1935 [JC, núm. 52/1935]). En el supuesto concreto de esta sentencia, las demandantes son las usufructuarias de varios solares y accionan en juicio declarativo para que se les permita proceder a la venta de los mismos por considerarlos improductivos invirtiendo el importe en valores seguros, a lo que se accede en Primera Instancia y en apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS admite el recurso casando y anulando la sentencia recurrida, por estimar que no entran dentro de las facultades del usufructuario la de transformar la cosa usufructuada, sino más bien la de conservar forma y sustancia de la cosa. Afirmando que ésta es la característica esencial del usufructo, «siquiera exista hoy la posibilidad legal de desnaturalizar el contenido del mismo por virtud de las excepciones que al final del indicado precepto [467] se consignan». No siendo este el caso, ya que, como señala el recurrente, en ningún caso podrían enajenar las señoras demandantes los solares de que se trataba, pues aunque demostraban que eran usufructuarias de ellos y en las condiciones en que lo eran, ni el título de la constitución del usufructo, ni la ley les autorizaba para hacerlo.

El concepto de usufructo en las legislaciones actuales se relaciona con la noción romana. Como señala SOHM<sup>4</sup>, el usufructo es un derecho real, dentro de las servidumbres personales, —cuando más vitalicio—, cuyo contenido es «usar y disfrutar una cosa ajena, sin otra limitación que mantener indemne su sustancia —«salva rei substantia»—. El propietario tan sólo conserva la «nuda proprietas». Los actos del usufructuario que alteren la esencia de la cosa —por ejemplo, cambiando el régimen de cultivo de la finca, convirtiendo en prado una tierra labrantía, etc.— hacen caducar el usufructo (D. 7, 4, 5, 22-3, y I.10). El usufructuario, por regla general, sólo puede usar de la cosa y disfrutarla en su estado actual, sin modificar su estructura<sup>5</sup>. Además, su derecho a percibir los frutos no se hace extensivo a los demás rendimientos o adquisiciones eventuales que la cosa proporcione, por ejemplo, a la mitad del tesoro descubierto en ella, ni a los despojos de los árboles desgajados por el viento; en cuanto a los frutos, tan sólo los adquiere mediante la «percepción». Responde personalmente al propietario de guardar los límites señalados a su derecho, poniendo en ello toda la diligencia exigible de un «bonus vir —omnia diligentia—». En garantía de estos deberes está obligado a prestar la «cautio usufructuaria» o promesa estipulatoria de devolver la cosa a su tiempo y cuidarla debidamente».

La noción romana de usufructo está presente en la regulación de nuestro Código Civil<sup>6</sup>: Así, el artículo 467 CC lo define diciendo que «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia ...» límites del derecho de usufructo que se ven garantizados frente al propietario, mediante las obligaciones que pesan sobre aquél de hacer inventario, prestar fianza (art. 491 CC) y cuidar la cosa usufructuada como un buen padre de familia (art. 497 CC); finalmente, en caso de incumplimiento, podrá el propietario exigir que se pongan los inmuebles en administración y se vendan los muebles (art. 494 CC) o que se le entregue la cosa en administración (art. 520 CC).

Su régimen jurídico se basa en la idea de que los amplios poderes que ostenta el usufructuario se compensan con el principio del «salva rei substantia» que consagra el artículo 467 CC<sup>7</sup>, que opera «no como una verdadera obligación, sino como límite interno o institucional del «ius fruendi» del usufructuario: no es tanto un deber u obligación cuanto la expresión de un *no poder*. El usufructuario sólo puede gozar legítimamente de la cosa haciéndolo de manera que ésta conserve su identidad y consistencia (física y

funcional) y su destino económico»<sup>8</sup>. El deber de respetar el destino económico de la finca parece que se conecta con la percepción de los frutos inherentes a su naturaleza, según sea rústica o urbana, y a la explotación a que estaba destinada, de manera que si se trata de finca rústica, destinada a huerto, por ejemplo, el aprovechamiento se concreta en los frutos naturales, pero no incluye también los frutos civiles de explotación de la finca previa edificación. Esto es más bien un cambio de destino económico, de finca rústica a urbana, que debe autorizarse en el título constitutivo (cfr. YSAS, pg. 102). Razón por la que, aplicando esta idea, la STS de 27 de enero de 1993 declara nulo un contrato de arrendamiento urbano otorgado por tiempo ilimitado por la usufructuaria por infringir el principio «salva rerum substantia» del artículo 467 CC y por violar la nota de temporalidad del usufructo. El deber de respetar el destino económico de la finca parece que se conecta con la percepción de los frutos inherentes a su naturaleza, según sea rústica o urbana, según la explotación a que estaba destinada<sup>9</sup>, de manera que si se trata de finca rústica, destinada a huerto, por ejemplo, el aprovechamiento se concreta en los frutos naturales, pero si explota la finca civilmente previa su edificación, tal aprovechamiento supone más bien un cambio de destino económico, de finca rústica a urbana, que debe autorizarse en el título constitutivo, o realizarse con el consentimiento del nudo propietario. Por ello hay que preguntarse en rigor qué es lo que implica esta autorización.

## II. LA DISPENSA DEL PRINCIPIO «SALVA RERUM SUBSTANTIA»

Es un hecho admitido que la regla del «salva rei substantia» no es absoluta, pues el propio artículo 467 permite que el título de constitución pueda eliminar (total o parcialmente) la obligación impuesta al usufructuario de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada<sup>10</sup>, inciso que está puesto «para prever los casos, numerosos en la práctica, en que no se da el tipo rígido del usufructo sin disposición alguna en cuanto a la sustancia»<sup>11</sup>. Puede producirse mediante una autorización para cambiar el destino de la finca, de rústica a urbana, por ejemplo, supuesto que conlleva que al cedente del usufructo le resulte indiferente que se interfieran terceras personas en la explotación de la finca usufructuada, es decir, que no tiene inconveniente en que el tipo de explotación se realice por el propio usufructuario o por medio de un tercero, aprovechando al usufructuario las rentas que produzca.

En otras ocasiones, la eliminación de la obligación impuesta al usufructuario se concreta en la concesión del poder de disponer de la finca, supuesto que es el que ahora interesa. Que el artículo 467 CC permite dispensar al usufructuario de la obligación de conservar la sustancia de la cosa nadie lo discute. Suscita dudas, en cambio, el alcance del poder concedido. Para algunos, se concreta en una autorización para disponer con la obligación de subrogar el valor obtenido con la disposición, pues el sentido del precepto «no es destruir el bien que constituye el objeto del derecho de usufructo, sino sustituir ese objeto del derecho, ese bien, esa cosa, por otra, cambiar las utilidades de una por otra, las de un fundo por otro, unas acciones por otras, o las acciones por fundo o viceversa, etc. para lo cual es necesario que juegue la subrogación real imperfecta»<sup>12</sup>. Según otra opinión, que considero preferible, el objeto del usufructo que examinamos son los bienes, no el valor obtenido con la venta de los mismos, como habrá ocasión de examinar más adelante, sin que el ejercicio del acto dispositivo esté sometido a otro interés que no sea el propio del usufructuario. Por otra parte, en la doctrina suele ser generalizada la idea de que el usufructo

3. BELTRÁN DE HEREDIA: «Usufructo sobre usufructo en la legislación española», *RDP*, 1941, pgs. 295 y ss. y 293 y ss. Concretamente el usufructo con facultad de disposición sobre la cosa se encuentra en las páginas 296 a 298.

4. SOHM: *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y sistema*, 17ª ed., corregida por MITTEIS y sacada a luz por WENGER, traducción del alemán por Rocés. Madrid, 1928, pg. 297.

5. SOHM: pg. 297.

6. Cfr. YSAS SOLANES: «Derecho de Cataluña. Usufructo: “Salva rerum substantia”. Extinción. Usucapión. Comentario a la STS de 18 febrero de 1988», *CCJC*, núm. 16, Sentencia núm. 416, pgs. 97 a 105, cit. pg. 101.

7. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario III*, pgs. 725 y 720. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ: «Arrendamiento de finca usufructuada. Nulidad del contrato de arrendamiento por ilicitud de la causa. Infracción del principio “salva rerum substantia”. Comentario a la STS 27 enero 1983», *CCJC*, enero-marzo 1993, núm. 825, pgs. 195-208, cit. pg. 204, para la concepción del «salva rerum substantia» como obligación que guarda relación inicialmente con la romana «cautio usufructuaria».

8. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ: «Arrendamiento de finca usufructuada. Nulidad del contrato de arrendamiento por ilicitud de la causa. Infracción del principio “salva rerum substantia”. Comentario a la STS 27 enero 1983», *CCJC*, enero-marzo 1993, núm. 825, pgs. 195-208, cit. pg. 204, respecto a la concepción del principio como obligación que guarda relación con la romana «cautio usufructuaria», para pasar después a constituir uno de los *onera* que afectan al usufructuario hasta quedar identificada como una obligación específica de éste.

9. Cfr. YSAS, pg. 102.

10. «Ciertamente la regla de referencia, no es, en principio, imperativa, por cuanto la voluntad del constituyente puede acordar otra cosa (o la ley: cfr. art. 482). Pero a falta de esa voluntad y dispensa, se convierte en norma general de obligado respeto por el usufructuario... Como en el caso del arrendamiento por el usufructuario de la cosa usufructuada hay mera cesión de la posesión y de la explotación de la cosa al arrendatario, pero no cesión del derecho real de usufructo, del que sigue siendo titular el usufructuario-arrendador, continúa éste vinculado al régimen jurídico del art. 467 y demás, y sometido al límite institucional del “salva rerum substantia”. Hay, por tanto, infracción de este último cuando el arrendatario, autorizado en el contrato por el usufructuario, realice obras o modificaciones en la cosa de una entidad tal que alteren su destino económico y social». RIVERO HERNÁNDEZ: pg. 206.

11. DALMASES: *El usufructo de derechos (inclusive de títulos-valores)*. Madrid, 1932, pg. 26.

12. GARCÍA-BERNARDO: «Subrogación real en la sustitución fideicomisaria: estudio. La subrogación real en la sustitución fideicomisaria de residuo y en el usufructo de disposición», *Boletín de información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, Academia granadina del Notariado, núm. 217, mayo 1999, pg. 1063.

con facultad de disponer debe ser interpretado restrictivamente, en el sentido de exigir que sea el título constitutivo el que expresamente autorice al usufructuario para realizar actos de dominio sobre la cosa.

La determinación del alcance dado al usufructo en el título constitutivo importa además, no sólo para concretar la extensión de los poderes concedidos, sino porque de ella depende el concepto posesorio con que actúa el usufructuario, generalmente como tenedor de la cosa o derecho, para conservarlo o disfrutarlo, perteneciendo el dominio a otra persona (art. 432), pero que puede variar comportándose externamente como poseedor por otro concepto, o pactando el cambio o la interversión de dicho concepto con el dueño, lo que trae importantes consecuencias a los efectos de la usucapión<sup>13</sup>. En este sentido, es de destacar que la conducta del usufructuario que exceda de los límites concedidos debe ser interrumpida por el nudo propietario si quiere evitar el comienzo del cómputo para la usucapión. Ni siquiera los posibles pactos privados entre usufructuario y nudo propietario integran, a este respecto, el título constitutivo del usufructo, como reconoce el TS en Sentencia de 27 de enero de 1993, «razón por la cual y en defecto de éste y de expresa disposición legal en contrario, ha de reiterarse ... la regla general en materia de usufructo, esto es, el “salva rerum substantia”». En otras palabras, «la obligación contenida en el artículo 467 CC es norma imperativa, en el sentido de que el “salva rei substantia” viene consagrado como requisito a la vez que general, esencial, de dicho derecho real, ya que cuando ni por voluntad de las partes manifestada en el título constitutivo del mismo ni por expresa disposición legal se estableciere lo contrario, el referido principio se integra en el ámbito del “ius cogens”».

En el caso de que el título constitutivo autorice al usufructuario para disponer en caso de necesidad, hay que preguntarse qué actos puede éste legítimamente realizar. Pueden señalarse la venta<sup>14</sup> —en la Sentencia de 28 mayo 1954, se permite al que compró del usufructuario facultado para enajenar, fallecido éste, a exigir de sus herederos el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de venta—; la hipoteca<sup>15</sup>, cesión en pago de deudas<sup>16</sup>, tanto de los bienes usufructuados como de la nuda propiedad, pues con relación a ésta, «el usufructuario podrá efectuar los mismos actos dispositivos que con relación al pleno dominio de los bienes<sup>17</sup>; también puede realizar aquellos actos jurídicos preparatorios del dispositivo, en la medida que lo justifiquen, como la división horizontal del edificio cuya venta se proyecta o la segregación de una finca para su venta posterior<sup>18</sup>. Se exceptúan, según cierta doctrina, la permuta<sup>19</sup>, y los actos de disposición a título gratuito».

La facultad de disponer por actos «mortis causa» no suele entenderse comprendida en la fórmula genérica «facultad para disponer en caso de necesidad» (Resolución DGRN de 30 abril de 1999), y necesita, por tanto, de concesión expresa en el título constitutivo para que esté incluida (STS 19 noviembre 1898 [JC núm. 79, pg. 353]), supuesto que, de darse, se asimila bastante a una transferencia de facultades

13. Cfr. Ysas, pgs. 102 y 103.

14. Su posibilidad está fuera de toda duda, en cuanto la contraprestación recibida (dinero) resulta adecuada para la satisfacción de cualquier necesidad. RIVAS TORRALBA: «Notas sobre el usufructo con facultad de disponer», *RCDI*, 1976, núm. 513, pgs. 339 y ss. 351.

15. RIVAS TORRALBA, pg. 351. Según la Sentencia 29 mayo 1914, autorizada la usufructuaria por el testador para que pudiera disponer en caso de urgentes necesidades de las cosas usufructuadas, es inconcuso que sin incurrir en dolo pudo, con indiscutible derecho, celebrar los contratos de préstamo y la acreedora reclamar la devolución del capital prestado para obtener su pago, adquiriendo en el procedimiento de apremio seguido las fincas especialmente hipotecadas a su favor.

16. La cuestión podría enfocarse así, según RIVAS, pg. 352: «En el momento en que la necesidad es sentida el usufructuario, en lugar de vender, opta por contraer deudas en espera de que su situación económica mejore; si esto no sucede y decide la cesión de bienes en pago de las deudas, el resultado será el mismo que si en el momento inicial (o sea, cuando estaba legitimado para ello) hubiera vendido los bienes; de modo que no podrá hablarse de abuso de facultades ni de resultado lesivo para el nudo propietario».

17. RIVAS, pg. 354.

18. RIVAS, pg. 353. Mientras que en un usufructo normal, la división material de la finca para poder extinguir la comunidad existente entre los usufructuarios es acto de riguroso dominio, que no les corresponde. En concreto tratándose de la extinción de la comunidad, se desprende del art. 490 CC que «es “el propietario o condueño” el legitimado para abordarlo; quien, es más, no precisará para ello contar con el concurso del usufructuario, al cual quedarán, desde luego, reservadas las acciones dimanantes del art. 405 CC». Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ: «Pseudo-usufructo testamentario. Un caso especial de llamamiento colectivo», en *Dictámenes sobre problemas prácticos de Derecho inmobiliario*. Granada, 1987, pgs. 47-52.

19. RIVAS: pg. 352, pues «no se puede atribuir la nuda propiedad del bien adquirido a una persona cuya voluntad ha estado ausente del acto adquisitivo. Y como no parece lógico pensar que tal derecho queda flotando en espera de un futuro titular, no tendríamos más alternativa que la de admitir que el usufructuario se convierte en dueño pleno de los bienes adquiridos mediante la permuta, lo que entrañaría un claro perjuicio para el nudo propietario sin causa alguna que lo justifique».

dominicales al usufructuario (STS 9 octubre 1986 [RJ 1986, 5335]) y que, de producirse en el ámbito testamentario supondría «un fideicomiso verdaderamente condicional, o mejor aún, una figura no subsumible en la calificación de fideicomiso»<sup>20</sup>. Este aspecto se realiza expresamente por la Jurisprudencia para marcar la naturaleza usufructuaria de la figura: se afirmará así que cuando la facultad que la testadora otorga al heredero para vender o gravar el todo o parte de los bienes no comprende la de disponer de ellos «mortis causa», la figura conserva su naturaleza usufructuaria. Se trata de la STS 19 noviembre 1898, que inicia la corriente contraria a identificar el usufructo de disposición con facultad de disponer con el fideicomiso de residuo, manifestando que «la facultad que la misma testadora otorga al heredero otorga al heredero para vender o gravar el todo o parte de los bienes no quita a la institución su naturaleza usufructuaria ni autoriza al instituido para disponer de ellos mortis causa». La sentencia, se enmarca sin ninguna duda en la línea contraria a la equiparación del usufructo con facultad de disponer con la institución en propiedad, sobre la base del criterio de negar al instituido facultado para disponer la posibilidad de realizarlo «mortis causa», por ser precisamente un usufructuario, y no un verdadero propietario.

Más concretamente, los esposos otorgaron testamento mancomunado y recíproco, instituyéndose herederos universales de todos sus bienes, derechos y acciones, en concepto de usufructuarios durante su vida, relevándose de la obligación de afianzar a las resultas del usufructo, pudiendo además disponer y enajenar el todo o parte de dichos bienes, cobrar sus rentas o réditos, cobrar también los capitales que por préstamo o por cualesquiera otras causas se adeudaran a la testamentaria, cancelar hipotecas, constituir nuevos préstamos hipotecarios o simples, administrar dichos bienes y hacer como si fueran dueños en pleno dominio de todos ellos, todo lo que quisieran y fuese su voluntad sin limitación ni restricción alguna. Para lograr la exacta coherencia de tal voluntad, los esposos excluyeron recíproca, expresa y terminantemente a todos sus parientes de todo derecho a suceder en los bienes en concepto de herederos ni por otro cualquiera, prohibiendo también a los albaceas nombrados y a las Autoridades de todas clases que intervinieran o se mezclaran en la testamentaria, ni en los actos, gestiones u operaciones que cada uno practicara en uso de su libre voluntad. También se nombraban una serie de sustituciones para el supuesto de muerte de aquel que sobreviviera. Fallecida la esposa en primer lugar, el marido sobreviviente otorga escritura pública de inventario en la que hizo dos hijuelas de los bienes, una correspondiente a su parte en los bienes gananciales, y la otra con los bienes que adquiriría como heredero de su consorte, con el objeto de que no si no disponía de ellos, pudiera dárseles las aplicaciones que señalaba la testadora. Pero contrajo nuevo matrimonio, y otorgó nuevo testamento, en el que, revocando el mancomunado anterior, instituía heredera universal de todos sus bienes, presentes y futuros, a su segunda esposa, haciendo uso de lo expresado literalmente en el testamento de que podía «hacer como si fuera dueño en pleno dominio de todos ellos, todo lo que quisiera y fuese su voluntad, sin limitación ni restricción alguna».

El conflicto surge, pues, con los destinatarios nombrados en el primer testamento. El TS, en la medida en que la amplitud de los poderes se encontraba limitada por el nombramiento de unos destinatarios finales de esos bienes, para una vez fallecido el esposo, deduce de este orden sucesivo que el testador no lo quería como dueño, sino más bien como usufructuario facultado para disponer por actos «inter vivos», pero no «mortis causa». La solución es acertada, aunque también podría haberse calificado el supuesto como fideicomiso de residuo, o haber aprovechado la ocasión para señalar la analogía entre ambas figuras, sin que ni en un caso ni en otro no hubiera variado la «ratio decidendi» del fallo. En efecto, el TS afirma, sobre la base «in claris non fit interpretatio», «que la institución de heredero hecha por doña Luisa en favor de su esposo fue sólo en el concepto de heredero usufructuario, no sólo porque así lo dice expresamente al hacer la institución, sino porque tal concepto está ratificado en la cláusula 8ª al disponer el destino que se había de dar a los bienes cuando falleciese su marido, sin que la facultad que la misma testadora otorga al heredero para vender o gravar el todo o parte de los bienes quite a la institución su naturaleza usufructuaria, ni autorice al instituido para disponer de ellos “mortis causa”».

Sin embargo, parece claro que, según el testamento, la facultad de disponer se concedía en términos muy amplios, sin limitación ni restricción alguna, aunque sólo para los actos «inter vivos»; pero al excluir expresa y terminantemente a todos sus parientes de cualquier derecho a suceder en los bienes en concepto de herederos, y nombrar unos destinatarios para después de la muerte del sobreviviente, el deseo de la testadora era llamarlos como sustitutos no del usufructo, sino de la plena propiedad; es decir, no los quería como nudo propietarios coetáneos con el usufructuario, sino sucesivamente para después de la muerte de éste, y respecto a los bienes que restaran en el momento de deferírseles la sucesión. Bajo esta óptica, el

20. MONTES, en LÓPEZ, MONTES y ROCA: *Derecho Civil. Derecho de sucesiones*. Valencia, 1999, pg. 199.

llamamiento del usufructuario facultado para disponer debe interpretarse como hecho en concepto de heredero fiduciario.

En el caso de la Sentencia 9 octubre 1986 (RJ 1986, 5335), se contempla la concesión expresa de la facultad de disponer por actos «mortis causa» por quien el llamado en el testamento como usufructuario con facultad de disponer. En concreto, el testador, abuelo de los actores y padre del demandado, instituyó herederos a sus cinco hijos y respecto a cuatro de ellos dispuso que «en cuanto exceda de la legítima estricta les sean adjudicados los bienes en usufructo, correspondiendo la nuda propiedad a sus descendientes legítimos, nietos del testador, con facultad de disponer libremente por acto «mortis causa» y también con la facultad de enajenarlos y gravarlos libremente por actos «inter vivos» si lo necesitasen, bastando que alegasen esta necesidad, sin prueba ni justificación alguna». Aunque en este caso el conflicto se plantea respecto a un acto de disposición «inter vivos», al pretenderse por los hijos del vendedor la nulidad de la venta en cuanto a un inmueble oponiendo la inexistencia de poder de disposición en el enajenante. Las sentencias de uno y otro grado desestimaron lo postulado, por entender que la transmisión es eficaz y el contrato no tiene vicio invalidante. El TS desestima el recurso.

Contundente al respecto es también la Sentencia de 3 marzo 2000 (RJ 2000, 1501), que lo caracteriza como «figura jurídica borrosa, discutida y discutible, que se caracteriza por facultar al usufructuario para enajenar entre vivos los bienes objeto del usufructo en caso de necesidad, de tal modo que si no se ejercita total o parcialmente el derecho de disposición, una vez extinguido el usufructo se entregan a las personas que habían ostentado la nuda propiedad, y consolidado el dominio pleno por virtud de dicha extinción, los bienes de que no se dispuso. ... [Pero que] el usufructo de disposición no supone la adquisición, ni siquiera temporal, del dominio, ni da lugar a un derecho nuevo o distinto del usufructo».

Por otra parte, aunque el usufructo con facultad de disponer cumple su verdadera finalidad en la esfera de la sucesión «mortis causa», ningún obstáculo existe para que el donante pueda, por vía de «deductio», reservarse el usufructo de los bienes donados y, a tenor del artículo 639 CC, la facultad de disponer de algunos de esos bienes, supuesto de hecho de la RDGRN 30 abril 1999. En concreto, los cónyuges titulares de una finca donaron a su nieto la nuda propiedad de la misma y se reservaron el usufructo vitalicio hasta el fallecimiento del último de ellos y la facultad de disponer del pleno dominio en caso de necesidad que no tendrían que justificar. Inscrita esta escritura de donación, posteriormente, en uso de la facultad reservada, los donantes constituyen hipoteca sobre la finca en garantía de un préstamo otorgado a favor de su hijo, a su vez, padre del donatario. Presentada la escritura de préstamo hipotecario se inscribe sólo en cuanto al usufructo y se deniega respecto a la nuda propiedad, al entender el Registrador que la facultad de disposición del pleno dominio se había reservado para caso de necesidad y ello no se da en el caso presente, al ser una hipoteca por deuda ajena. Interpuesto recurso por el Notario autorizante, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia confirmó la nota. La Dirección General revocó el auto y la nota del Registrador, pues «siendo el donante titular de la facultad de disponer del pleno dominio del bien, tal y como consta en el asiento correspondiente, puede en ejercicio de dicha facultad constituir hipoteca sobre el mismo y el donatario debe soportar el gravamen porque la subsistencia de su derecho depende precisamente de su no ejercicio»<sup>21</sup>.

El título constitutivo del usufructo será, en todo caso, la única base o punto de apoyo para determinar la mayor o menor amplitud de los poderes dispositivos del usufructuario, puesto que sólo él puede originar y justificar tales poderes<sup>22</sup>. El contenido de esa facultad dependerá, en definitiva, del sentido de la cláusula en que se otorgue, como señala SÁNCHEZ CALERO, «la cual es susceptible de muchas variantes y de muy diversos matices. Así, por ejemplo, concesión de la facultad de enajenar sólo para el caso de suma necesidad o para aquellos supuestos comprendidos en el concepto de necesidad, entendido en el sentido más amplio posible; sólo en una parte de los bienes o en su totalidad, si las necesidades del usufructuario lo impusieren; sin exigir al usufructuario la justificación de la necesidad o imponiéndole su prueba o apreciación por terceras personas, etcétera».

En todo caso, la voluntad del disponente en orden a la concesión de facultades dispositivas debe ser interpretada restrictivamente. Por ello, «limitada la facultad de disponer al caso de necesidad, hay que entenderla concedida sólo para poder disponer a título oneroso, es decir, para realizar un acto en cuya

21. Cfr. GÓMEZ-SALVAGO: «Donación de inmueble con reserva de usufructo y de la facultad de disponer. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de abril de 1999», en *Derecho Patrimonial*, 1999, Edit. Aranzadi, núm. 3, pgs. 351 a 359.

22. RIVAS, pgs. 343-344.

virtud la contraprestación recibida sea suficiente para satisfacer o, al menos, mitigar la necesidad del usufructuario. Se trata, pues, de una enajenación, o sea, de una disposición jurídica, que en último término supone una transformación de la sustancia de la cosa, dirigida a convertirse en dinero, para su ulterior consumo, de ahí que queden excluidos los actos a título gratuito, los cuales nunca pueden ser adecuados para satisfacer aquella necesidad, ya que, a lo sumo, el constituyente del usufructo ha autorizado las enajenaciones para que el usufructuario viva con amplitud, pero no para que disponga de los bienes a su antojo»<sup>23</sup>.

### III. OBJETO

#### 1. Su objeto son los bienes sobre los que recae el usufructo, sin que persista el usufructo sobre el valor obtenido de la venta de los mismos.

Es mayoritaria la opinión de que la figura tiene por objeto los bienes usufructuados, no el valor obtenido de la venta de los mismos, razón por la que ejercitada la facultad de disponer, el usufructo se extingue. Esta nota lo diferencia «del supuesto en que se autoriza al usufructuario para realizar enajenaciones a los efectos simplemente de subrogar los bienes enajenados o su importe, de tal modo que el precio o equivalencia haya de ser conservado también en usufructo, en cuyo caso lo que se concede en puridad es tan sólo un poder de transformación de las cosas usufructuadas<sup>24</sup>. En contra se manifiesta cierta doctrina, como GARCÍA-BERNARDO (cfr. art. cit., pg. 2034), al afirmar rotundamente que «la nota esencial del usufructo de disposición reside en que el usufructuario en virtud de la Ley o del testamento o del contrato constitutivo está facultado para enajenar no sólo el usufructo sino también la nuda propiedad como si fuese un administrador extraordinario, y claro es que ha de administrar en beneficio propio y también del nudo propietario, pues el derecho que adquiere en cambio lo será en usufructo para él y en nuda propiedad para el propietario y esto sólo se logra con la subrogación real en los contratos onerosos y conmutativos en beneficio de ambos».

En mi opinión, se hace necesario distinguir entre la facultad de disponer *para consumir* y la misma facultad *para transformar*, pero quedando obligado a una subrogación real en las cosas de que se dispone<sup>25</sup>. El tema se resuelve, lógicamente, por la vía de la interpretación. En la STS 22 julio 1994 (RJ 1994, 6578), por ejemplo, a propósito de la interpretación de una cláusula testamentaria que concedía facultades dispositivas a un heredero fiduciario señala que dicha facultad no puede llevarle a integrar su propio patrimonio con los bienes transmitidos en perjuicio del heredero fideicomisario, estableciendo la necesidad de la subrogación real, si bien a través de un razonamiento que no es ni convincente ni coherente con el hecho de la concesión del poder de disponer. Así afirmará el Tribunal que «si la heredera fiduciaria puede disponer de la totalidad de los bienes, no sólo para cubrir sus necesidades, sino también para incrementar su propio patrimonio, traspasándolo a él «in natura» o el equivalente de su venta o cesión, nos encontraríamos ante una contradicción, ya que podría desviar por esta vía sinuosa la totalidad del patrimonio a favor de personas no llamadas por el testador...».

Por el contrario, mayor lógica tiene el empleo dentro del ámbito de nuestra figura de la palabra «disponer» como sinónimo de «vender», y en todo caso, para designar un acto de disposición para consumir. La STS 9 junio 1948 (JC núm. 15/1948) recoge esta idea al afirmar que el usufructo con facultad de disponer autoriza a la usufructuaria para vender libremente, sin dar cuenta de lo que hiciera, y por tanto, sin que el producto de las ventas quede sujeto al usufructo. En el caso, era expresión literal empleada por el testador que todos sus bienes constituyeran el usufructo de su esposa viuda, incluso censos y una finca llamada «Perellades», disponiendo que de esta finca, pudiera vender las parcelas que quisiera, sin necesidad de dar cuenta, fianza ni aseguramiento alguno, pudiendo asimismo disponer durante su vida de todos sus muebles, cuadros y alhajas. La finca fue objeto de una parcelación iniciada en vida del testador, y fallecido el causante, se continúa por la viuda, mediante la venta de una serie de parcelas, iniciándose el pleito origen

23. SÁNCHEZ CALERO: «El usufructo con facultad de disponer», *RDP*, 1982, pgs. 215-243, cit. pg. 234, ya que «el usufructo es un derecho limitativo del dominio, que se presume libre, y en la duda hay que inclinarse por el menor alcance del texto que establezca el usufructo y por la menor extensión de éste».

24. El verdadero usufructo con facultad de disponer, según SÁNCHEZ CALERO es aquel en el que las facultades dispositivas del usufructuario son absolutas, de modo que puede aplicar el importe de los bienes enajenados en su propio interés, sin obligación de restituir equivalente alguno, salvo el sobrante en su caso. SÁNCHEZ CALERO, pg. 221.

25. STS 9 junio 1948. La distinción es de VENEZIAN: *Usufructo, uso y habitación*, t. I, pg. 275. La recoge también BELTRÁN DE HEREDIA, pg. 296.

de la presente sentencia, porque, según los demandantes, la demandada haciendo uso de sus facultades de venta de las parcelas, estaba a punto de agotar las disponibilidades de terreno vendibles, hallándose en el goce del usufructo de una cantidad aproximada al millón y medio de pesetas, administrando tal dinero prescindiendo totalmente de los derechos de los demás interesados y de manera especial de la nuda propiedad, siendo obstinado su silencio en dar cuenta del montante del capital y de la forma dada a sus inversiones. Suplicaban en definitiva, que se declarase la obligación de la usufructuaria de formar inventario y adoptar las medidas de precaución dispuestas por la Ley, procediendo como una verdadera usufructuaria a administrar con la diligencia de un buen padre de familia. En Primera Instancia se absuelve a la demandada. La Audiencia confirma la sentencia en apelación. El TS declara no haber lugar al recurso, porque de los mismos términos del testamento se desprende que el testador quería que todos sus bienes constituyeran el usufructo de su esposa viuda y que de la finca podía vender las parcelas que quisiera sin necesidad de dar cuenta, fianza ni aseguramiento alguno. De ahí *«se revela claramente que el propósito del testador no fue facultar a la usufructuaria para transformar esos bienes, con lo cual quedaría el producto o resultado de esa transformación en la masa del usufructo, como pretende el recurrente, y para lo cual tendría que hacerse constar cuál fuera el resultado de tal transformación, sino que la autorizaba para vender libremente, sin dar cuenta de lo que hiciera, y por tanto, sin que el producto de las ventas quedara también sujeto al usufructo»*.

La distinción entre la facultad de disponer para consumir y la que se concede para transformar aparece recogida en este fallo con claridad: *«Los propios términos de una cláusula testamentaria por la cual el testador declara querer que todos sus bienes constituyeran el usufructo de su esposa viuda, incluso censos y una determinada finca, de la cual podría vender las parcelas que quisiera sin dar cuenta, fianza ni aseguramiento alguno, revelan claramente que el propósito de dicho testador no fue facultar a la usufructuaria para transformar esos bienes, con lo cual quedaría el producto o resultado de esa transformación en la masa del usufructo, sino que autoriza a la usufructuaria para vender libremente, sin dar cuenta de lo que hiciera, y por tanto, sin que el producto de las ventas quedase sujeto al usufructo»*. No hay, pues, subrogación.

## 2. La facultad de disponer se concede en interés del propio usufructuario.

La razón lógica del significado atribuido al término «disponer» viene apoyada también por el hecho de que el usufructuario ejercita su facultad en nombre e interés propio (RDGRN 9 marzo 1942), lo que conlleva como lógica consecuencia que adquiera la plena propiedad de la contraprestación obtenida en el ejercicio de su facultad dispositiva, sin otro límite que el de sus propias necesidades, que, como veremos más adelante, ni siquiera tiene que probar. Se diferencia así la facultad de disponer para caso de necesidad del usufructuario de aquellos otros supuestos, relativamente frecuentes en las disposiciones testamentarias, que conceden al usufructuario facultades dispositivas para cumplir un fin concreto y determinado previsto por el testador<sup>26</sup>, o para atender al sustento de la familia, normalmente de los hijos, o incluso para restituir los bienes al segundo llamado (caso de las sustituciones fideicomisarias que concedan al fiduciario ciertas facultades de administración-disposición de los bienes).

En este sentido, la facultad de disponer en el ámbito de nuestra figura es mucho más amplia que la que puedan conllevar esos otros supuestos. Afirmación ésta que la dota de unos perfiles muy conectados con la discusión acerca de su naturaleza jurídica, porque como dice CARRASCO, «lo que se discute es si una relación de este tipo puede ser considerada institucionalmente usufructuaria»<sup>27</sup>, sentido que ya fue intuido por BAS Y RIVAS pues «ajustándose a los términos que ofrece el artículo 467 de nuestro Código Civil, lo cierto es que no será usufructo aquella figura jurídica en la que se faculta para disponer, si esa facultad implica el poder realizar actos de enajenación, sin obligación de conservar el valor económico de una masa de bienes, siempre y cuando el título constitutivo o la ley autoricen para alterar la forma o sustancia de aquellos bienes»<sup>28</sup>.

26. Así lo reconoce SÁNCHEZ CALERO, art. cit., pg. 221. Para RIVAS TORRALBA: «Notas sobre el usufructo con facultad de disponer», *RCDI*, 1976, núm. 513, pgs. 339-356, cit. pg. 344, en cambio, uno de los tipos del usufructo con facultad de disponer aquel que persigue conseguir un fin concreto y determinado.

27. CARRASCO: «Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación. Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 1987», *PJ-7*, 1987, pgs. 127-133, cit. pg. 131.

28. BAS Y RIVAS, pg. 73. Con todo, desde el punto de vista fiscal, no cabe distinguir entre facultad de disponer para consumir o para transformar, pues en ambos casos se liquida por la plena propiedad, siempre que la facultad para disponer aparezca con toda claridad, aunque se deduzca la obligación de subrogación real (BAS Y RIVAS, pg. 74).

En efecto, tal como se dijo con anterioridad, en los casos en que se concede una facultad de enajenar limitada, en el sentido expuesto –bien para cumplir un fin concreto predeterminado por el constituyente-testador, bien con obligación de subrogar la contraprestación obtenida–, o sea cuando el usufructuario necesita para disponer que otro consienta, al estar limitada en tales términos la facultad de disposición del usufructuario éste no se asemeja tanto a un propietario como en el caso inverso, considerándose que en dichas ocasiones no se desnaturaliza el derecho real de usufructo; se califica de este modo la figura como derecho real en cosa ajena, si bien con una facultad añadida, la de disponer. Son supuestos que se explican afirmando que la unidad esencial o última la conserva el nudo propietario de los bienes, cuya fuerza atrae al usufructo, aunque su poder de disposición sobre la cosa se encuentre subordinado al poder del usufructuario. En coherencia se razonará afirmando que en tales casos sería injusto para el nudo propietario que en la quiebra del usufructuario ostentara un simple derecho de crédito sobre la cosa sometida a concurrencia. Y el mismo razonamiento, si bien adaptado al ámbito testamentario sería partir de premisa idéntica, que la concesión de la citada facultad no quita a la figura su naturaleza usufructuaria, ni la asemeja por ello al fideicomiso de residuo, con las consecuencias conexas de que la muerte del usufructuario provoca la consolidación en el nudo propietario, que el llamamiento de éste es coetáneo al de aquél, por lo que debe participar en las operaciones de inventario y de partición, y, finalmente, que el nudo propietario adquiere su derecho desde la muerte del testador, razón por la que su prelación determina la adquisición del «ius delationis» a favor de quien sean sus respectivos herederos, «ex» artículo 799 CC.

La Sentencia de 3 marzo 2000 (RJ 2000 1501), hace alusión al problema de la subrogación real, aunque el núcleo de la «ratio decidendi» se encuentra en la inexistencia de la necesidad como causa que legitime el ejercicio de la facultad dispositiva por el usufructuario. Ello determinará que se estime la demanda interpuesta por las nudo propietarias, en las dos instancias, así como que el TS no de lugar al recurso interpuesto por el usufructuario. Con todo interesa uno de los motivos alegados por el recurrente, que sostenía la infracción de los artículos 475 y 467 CC en el sentido de que el derecho de las actoras debía limitarse a la parte del precio de la venta no dispuesto por el usufructuario para satisfacer su necesidad. Al respecto el TS afirma que el motivo carece totalmente de fundamento, pues la pretensión de la actora se ajusta plenamente a la situación jurídica del momento en que la formuló; además, señala algo relacionado con la naturaleza jurídica de la figura, como complemento de otras consideraciones: «... El usufructo de disposición no supone la adquisición, ni siquiera temporal del dominio, ni da lugar a un derecho nuevo o distinto del usufructo. Se añade al “ius fruendi” un “ius disponendi”, pero, como resalta la mejor doctrina, este simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo no implica que el usufructo deje de ser lo que es, un “ius in re aliena” que “grava” los bienes que pertenecen en nuda propiedad a otra persona». Sin embargo, entra a considerar que *«rige el principio de la subrogación real (aplicación de la cualidad jurídica que tenía el bien de que se dispuso al que se adquiere en su sustitución), del mismo modo que para su pariente jurídico, aunque con evidentes diferencias, el fideicomiso de residuo. ... Con arreglo a dicho principio –“pretium succedit in locum rei”– el dinero recibido por la venta no pasa a pertenecer privativamente al usufructuario, sino que sustituye el objeto, ocupando el puesto del bien enajenado»*.

No participo del anterior planteamiento, máxime cuando se trata de una afirmación incidental, de «obiter dicta», no determinante del fallo, pues como el mismo Tribunal declara, «lo realmente importante es que las demandantes, en su concepto de nudo propietarias, impugnaron no el acto dispositivo, sino la necesidad del acto dispositivo efectuado por el usufructuario, ...». Bastaba pues, con desestimar el recurso por falta de una auténtica causa legitimadora de la disposición, sin que se hiciera semejante afirmación en orden a la subrogación real.

Por otra parte, cuando el interés para el que se concede la legitimación para disponer no es el propio del usufructuario, sino de terceros, al estar vinculado el ejercicio de la facultad dispositiva al cumplimiento de un fin especial, como por ejemplo, el sostenimiento de la familia, el objeto sobre el que recae no es hipotecable sino cuando responda a la necesidad de la familia, no por ello para responder del cumplimiento de deudas exclusivas del usufructuario, debiendo considerarse inembargable el bien en tales supuestos. Al estar destinado a una función, como es la del sostenimiento de la familia, estaría bajo el fundamento de la norma del artículo 108 LH, en el sentido de que no se pueden hipotecar los usufructos legales, con la salvedad del concedido al cónyuge viudo por el Código Civil<sup>29</sup>.

En cambio, cuando la facultad de disponer se conecta exclusivamente con el interés propio de las necesidades del usufructuario, la facultad tiene un contenido positivo, que permite el embargo preventivo

29. De ahí que nuestro estudio esté centrado en el ámbito del usufructo voluntario, constituido tanto por actos «inter vivos» como «mortis causa».

sobre la finca por deudas del usufructuario, susceptible de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, porque forma parte del contenido del derecho del usufructuario la legitimación para el ejercicio de su facultad dispositiva en exclusivo interés propio. Son casos –señala GÓMEZ GÁLIGO<sup>30</sup>– en los que quien se reserva la facultad de disposición no es ya un mero beneficiario, sino elemento principal del negocio, titular de una facultad de contenido económico que sí deberá ser aceptada y que será renunciante, transmisible y embargable e incluso susceptible de acción subrogatoria por los acreedores perjudicados al amparo del artículo 1111 CC. En cambio, no será heredable conforme a las reglas generales de la sucesión, por haber sido atribuida «intuito personal», en consideración a la persona y con carácter personalísimo: por ejemplo, en la donación de la nuda propiedad a una persona y del usufructo con facultad de disposición a otra, extinguido el derecho de usufructo sin haberse dispuesto de la cosa, la facultad de disposición pasa al nudo propietario que consolida el dominio y no a los herederos del usufructuario. Lo mismo ocurre en el caso del artículo 639 de reserva de la facultad de disposición por el donante, pues se entiende «ex lege» transmitido tal derecho al donatario si no se hubiera ejercitado, sin pasar a los herederos de aquél<sup>31</sup>.

En tales supuestos surge la interrogante de si más que ante un usufructo no nos encontramos ante una figura de tinte dominical. Desde el punto de vista económico, si ya el usufructo ordinario, tal como se expuso al principio de este trabajo, se asemeja mucho a una propiedad temporal, caracterizada por la obligación de conservar para después restituir a otra persona, cuando al primero se le añade la facultad de disponer los dos términos se equiparan casi totalmente. Sirva para apoyar el planteamiento del problema las discusiones doctrinales que existen sobre las analogías y diferencias entre la sustitución fideicomisaria con el llamamiento «mortis causa» en concepto de usufructo, semejanza que se torna en casi equiparación cuando se pasa a relacionar el fideicomiso de residuo y el llamamiento «mortis causa» en concepto de usufructo con facultad de disponer.

De ello habrá ocasión de profundizar más adelante. En este momento basta recordar que en la mayor parte de los casos en que se concede a una persona un poder de disponer sobre derechos ajenos ello se hace en interés, no del facultado para disponer, sino del mismo titular del derecho. En el usufructo con facultad de disponer sucede justo otra cosa: la disposición se realiza en interés del propio facultado para disponer, que es el usufructuario, sin que la circunstancia de que el nudo propietario conserve su poder de disponer sobre la cosa altere la cuestión, pues su disposición está subordinada en todo caso a que el usufructuario no ejercite actos de disposición sobre la cosa, por ser el poder de éste preferente al que ostenta el nudo propietario. En definitiva, puede decirse que la situación es la de un «usufructuario» *de derecho*, pero que *de hecho* es un propietario<sup>32</sup>.

#### IV. CONTENIDO

##### 1. Obligaciones del usufructuario.

La distinción del verdadero usufructo con facultad de disponer y aquellos otros que se otorgan para cumplir un fin predeterminado por el testador tiene perfiles prácticos importantes que corresponde en este momento mencionar. Nos referimos a los que pueden ser de mayor interés.

El primero se relaciona con la obligación de restitución. Para SÁNCHEZ CALERO, las obligaciones siguen siendo las normales a todo usufructuario: inventario, fianza y la de cuidar con diligencia los bienes; nada cambia, aunque se conceda sin límites la facultad de disponer, admitiendo sólo un caso de excepción a la obligación de prestar fianza: el del donante que se hubiese reservado el usufructo, con facultad de disponer de los bienes donados, por disposición expresa del artículo 492 CC<sup>33</sup>. Si en los casos en que se concede

30. GÓMEZ GÁLIGO: *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*. Madrid, 1992, pg. 31. Se refiere a la atribución de la facultad de disposición a una persona distinta de quien ostenta la titularidad del bien, como ocurre en la donación de la nuda propiedad a una persona y el usufructo con facultad de disposición a otra, opinando que el derecho subjetivo del propietario está limitado por carecer de facultad de disposición, pero no estamos ante una propia prohibición de disponer.

31. GÓMEZ GÁLIGO, pg. 31.

32. Cfr. SOHM: pg. 298, para una visión de la figura del «pseudo-usufructo». El cuasi-usufructo como derecho real de goce sobre cosas consumibles, ha sido enmarcado dentro del cuadro legal típico del usufructo por JORDANO BAREA: «El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena», *ADC*, 1948, pgs. 981 a 1023, en contra de la tesis tradicional que lo conceptuaba como una verdadera transmisión de propiedad acompañada de la obligación de devolver a la muerte del usufructuario una cantidad igual de cosas del mismo género y calidad.

33. SÁNCHEZ CALERO, pg. 233.

una facultad de enajenar «limitada» la concesión de la facultad no desnaturaliza el derecho de usufructo, el usufructuario de disposición sigue teniendo frente al nudo propietario, como señala LACRUZ<sup>34</sup>, el habitual deber de conservar la cosa, y por tanto, el de inventariar los bienes gravados y afianzar su restitución, sin que la facultad de disponer, por sí sola, le exima de tales deberes, pues si le permite enajenar la cosa en unos u otros supuestos o bajo unas u otras condiciones, no le faculta para destruirla físicamente, ni deteriorarla, ni aun cambiar su destino.

Sin embargo, para cierta doctrina, y para el mismo LACRUZ, ello no ocurre cuando la facultad de disponer es absoluta e incondicional; no hay razón que fundamente la obligación de conservar en sus diversas expresiones (en concreto respecto a la necesidad de inventario y prestar fianza o caución) cuando se está en presencia de un verdadero usufructo con facultad de disponer<sup>35</sup>.

En este caso, merece la pena recordar a estos efectos, que dentro del ámbito testamentario el usufructuario debería ser calificado como heredero, pues si como usufructuario es un sucesor a título particular, y como tal, debe prestar la caución necesaria, salvo dispensa, como sucesor a título universal no. Luego presupuesta la interpretación de la voluntad del testador a favor de un llamamiento a título universal, la amplitud de la facultad de disponer asimilaría la figura al fideicomiso de residuo.

De acuerdo con el significado apuntado interpreta JORDANO BAREA<sup>36</sup> la siguiente cláusula testamentaria: «... Tercera. En todo cuanto constituya la herencia del testador instituye y nombra heredera usufructuaria vitaliciamente a su consorte doña L. F. P., relevada de la obligación de fianza, y, además, faculta a su consorte la doña L. F. P. para que, en caso de necesidad, por hallarse enferma o bien por hallarse necesitada después de tener agotado todo su capital, pueda vender o enajenar a título oneroso toda la herencia del testador y apropiarse de todo el valor del mismo testador, sin intervención de ningún heredero y al efecto otorgue y formalice los contratos que procedan, por lo que los herederos que designará quedan sujetos al cumplimiento de esta condición. Cuarta. En todo cuanto constituya su herencia y en nuda propiedad, que será plena por el óbito de su consorte, instituye y nombra única y universal heredera voluntaria, propietaria, a su hermana ...». Para el citado Profesor, ese llamamiento de usufructo vitalicio con facultad de disponer constituye un claro supuesto de «pseudousufructo testamentario» que, en realidad, integra una modalidad típica de sustitución fideicomisaria, en su modalidad de fideicomiso de residuo, que no requiere obligación de conservar, ni por tanto, de inventariar ni afianzar la restitución de los bienes gravados.

En realidad lo que subyace por debajo de la necesidad o no de afianzar, lo apunta CARRASCO: «Lo que se discute es si una relación de este tipo puede ser considerada institucionalmente usufructuaria», pues todas las normas del Código Civil dedicadas al usufructo suponen la esencialidad de la restitución, al recaer la calificación normativa de usufructo sobre la base de ser una relación jurídica determinada típicamente por una obligación de restitución<sup>37</sup>. Se explica así, señala el autor, por qué el usufructuario posee con la carga de una diligencia conservativa (art. 497), o por qué está vinculado a un uso «destino» cuya sumisión le

34. LACRUZ: «Derechos reales de goce, §33, 34 y 35». Barcelona, 1989. En su opinión, «las SS. de 31 octubre 1903 y 14 de abril 1905 no abordan el problema, si bien llaman al usufructuario *heredero* y lo tratan como a tal. El designado por el testador usufructuario de sus bienes –dice la primera– autorizándole plenamente para vender los necesarios para pagar todas las deudas del propio testador y para atender a otra necesidad, sin otro requisito que la intervención de una tercera persona, puede entrar en posesión de los bienes sin prestar caución, pues la facultad de vender modifica esencialmente la naturaleza del usufructo ordinario, porque en virtud de la misma puede desaparecer legítimamente la cosa que constituye su objeto, y el heredero de la nuda propiedad sólo tiene un derecho eventual a los bienes que pudieren quedar. Y con arreglo a la segunda, facultado el heredero usufructuario para vender, a fin de atender a su decorosa subsistencia, es obvio que la gradación y determinación de la necesidad se dejó por el testador a los dictados de la conciencia del *heredero*». LACRUZ: *Derecho de sucesiones. Parte general*. Barcelona, 1961, pg. 70.

35. De esta opinión es LACRUZ, siguiendo a JORDANO, y parecida es la conclusión que se extrae de las palabras de FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: «“Salva rerum substantia” en el usufructo propio», *RDP*, marzo 1951, pgs. 179-207, cit., pg. 109. En su opinión, la obligación de conservar está en función de la temporalidad del usufructo, dada la longevidad normal del usufructo y que el usufructuario aparece como propietario en relación con el disfrute, por lo que se hace necesario garantizar intereses futuros en el momento de la consolidación. Luego estará de más si esta consolidación no hubiera de producirse. A lo sumo podría aceptarse una responsabilidad ante el que haya de sustituir en el disfrute, pero no ante el propietario como tal, resultando una figura de gran paralelismo con la sustitución fideicomisaria. Lo cierto es que el usufructo perpetuo podría ser considerado como verdadero derecho de propiedad, sobrando, por tanto, el inciso «salva rerum substantia» en sus diversas expresiones, como pone de relieve ROSSI: «Duplex est usufructus», pg. 33.

36. Seguimos en este punto la tesis de JORDANO. Más adelante habrá ocasión de analizar los argumentos en que apoya el autor su aserto. JORDANO BAREA: *Interpretación del testamento*. Barcelona, 1958, pg. 134.

37. CARRASCO, pg. 131.

exime de responsabilidad por deterioros (art. 482). Sólo la presencia de una obligación restitutoria explica la distribución de gastos y cargas de los artículos 500 y ss.

Ésta, sin embargo, no existe en un usufructo de disposición no condicionado a la necesidad, o si ésta no requiere ser probada, siempre que el producto de la venta no deba ser restituido al segundo llamado destinatario definitivo de los bienes. También en este supuesto, dice el autor, cuando el usufructo se ha constituido por actos «mortis causa», el usufructuario con facultad de disponer es un fiduciario, caracterizado por ser no tanto una institución restitutoria, sino una simple predisposición de la línea «mortis causa» que han de seguir unos bienes: «Un usufructo de disposición es incompatible con estos elementos. No se puede exigir al usufructuario la carga de una diligencia conservativa sobre una cosa que a su voluntad está sometida en cuanto a la restitución; el propietario no podrá demandarle por daños, ya que está en la mano del usufructuario hacer decaer el supuesto de esta responsabilidad enajenando la cosa. No se puede obligar al propietario a sufragar una serie de gastos y cargas (arts. 505) que sólo se justifican legalmente por la certeza de una utilidad permanente que el propietario ha de recoger cuando el usufructo haya cesado. Carece de justificación que el propietario haya de pagar las deudas hereditarias “ex” artículo 508 cuando el “commodum” justificativo de la carga está a discreción del usufructuario. Ni se le puede obligar a pagar la deuda hipotecaria “ex” artículo 509, cuando el usufructuario puede vender la cosa. No puede existir un usufructo de este tipo porque el usufructo supone una continuada relación obligatoria causalizada por el hecho cierto de una restitución. Una obligación cuyo cumplimiento depende de la sola voluntad de una de las partes es inexistente (arg. “ex” art. 1115 CC), ya que el objeto de la misma está absolutamente indeterminado (“ex” art. 1273 CC). ¿Por qué habría de entregar el usufructuario al propietario “la mitad de las utilidades” de las minas “ex” artículo 477 o los “despojos” del rebaño “ex” artículo 499, si puede enajenar el capital? ¿Qué sentido tiene que el propietario demande por daños al usufructuario que no se ajusta a las “cortas ordinarias” “ex” artículo 485, si el usufructuario puede después vender el monte? ¿Cuál es la finalidad de una fianza que no garantiza ni un modo adecuado de uso ni un crédito de restitución?».

Supuesta la posibilidad de la dispensa de caución, e incluso presuponiendo la dispensa tácita de la misma como algo perfectamente aplicable, la pregunta siguiente es si existen mecanismos de protección frente a los actos dispositivos realizados por el «usufructuario» extralimitándose en sus poderes. Interesa advertir que la dispensa no impide que el acto jurídico de disposición no pueda ser atacado por abusivo «ex» artículo 7.2º CC, posibilidad reconocida por la Jurisprudencia en Sentencia de 1 de noviembre de 1927, y precisada por la de 24 de febrero de 1959. Posibilidad esta última que es cosa indudable. Ahora bien, como señala CARRASCO, «una cosa es el abuso (que puede ser construido subjetiva u objetivamente) y otra el ejercicio de una actividad legítima que es institucionalmente dañosa para un tercero»<sup>38</sup>, como sucede cuando se ejercita la facultad dispositiva del usufructuario. Es institucionalmente dañosa, tanto por alterar el curso sucesorio impuesto por el testador, como por hacer desaparecer las expectativas de los nudos propietarios. Pero «el “perjuicio” de tercero, al ser institucionalmente propio de esta facultad, no puede ser al mismo tiempo lo que la defina como ilícita. Otra cosa es que el ejercicio de la facultad de disposición se ejercite exclusivamente con la finalidad de defraudar las expectativas de tercero», que en la medida en que exista permitirá que la venta pueda ser impugnada por fraude<sup>39</sup>.

El perjuicio para tercero (el nudo propietario) es algo implícito en el usufructo con facultad para disponer, pues está claro que el acto dispositivo merma las expectativas económicas de futuro del nudo propietario. Sin embargo, es un perjuicio que viene dado por la misma naturaleza de la figura, por lo que no puede ser ilícito.

## 2. El ejercicio de la facultad dispositiva.

Un segundo aspecto práctico de relieve es el que resulta de examinar los presupuestos para que el ejercicio del acto dispositivo sea eficaz, cuando la facultad de disponer se concede de modo «absoluto»,

38. CARRASCO, pg. 132.

39. CARRASCO, pg. 132, en concreto referido el comentario a la STS 4 mayo 1987.

Sin embargo, para GARCÍA-BERNARDO: art. cit., pg. 2621, la intención de expoliar el nudo propietario está casi sobreentendida: «... al usufructo de disposición lo que lo caracteriza ... es que subsiste con el nudo propietario en el derecho de dominio que adquiere en el negocio jurídico traslativo oneroso y conmutativo. La facultad de enajenación concedida al usufructuario está concebida jurídicamente para que el usufructuario conserve y mejore su usufructo sobre el derecho de propiedad que adquiere, pero son perjudicar ni expoliar el derecho del nudo propietario; al contrario, para que conserve y mejore su usufructo sobre el derecho del nudo propietario. Esta facultad presenta una analogía con los actos de administración extraordinaria que comprenden los actos de disposición».

en el sentido antes visto. La venta hecha por el usufructuario con facultad de disponer no está sometida a «conditio iuris» alguna, como pueda ser la de intervenir ciertas personas que presten su consentimiento para la validez de aquélla, sino que el ejercicio de aquella facultad depende de su exclusiva voluntad, condición puramente potestativa, cuyo cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del usufructuario<sup>40</sup>.

En cambio, cuando la facultad de disponer es «limitada» –v. gr. si necesita el consentimiento de otra persona para su validez, o la reinversión del precio obtenido con la venta–, entiende la DGRN que estas restricciones actúan como «conditio iuris» de la validez de la enajenación, cuyo cumplimiento debe quedar acreditado si se pretende la inscripción del acto de enajenación correspondiente en el Registro<sup>41</sup>. Son supuestos en los que hay, generalmente, obligación de subrogar el precio obtenido de la venta, y cuyo cumplimiento debe quedar acreditado ante el Registrador si se pretende la inscripción del acto de enajenación correspondiente en el Registro.

Es el caso de la R. de 1 octubre 1926 (JC, núm. 5/1926, pg. 15), en el que se contempla una autorización que se concede al usufructuario para realizar enajenaciones a los efectos simplemente de subrogar el importe de los bienes enajenados, de tal modo que el precio o su equivalencia debía ser conservado también en usufructo. En realidad, pues, lo que se concede es tan sólo un poder de transformación de las cosas usufructuadas, no un verdadero usufructo con facultad de disponer. Al estar la venta sometida a una condición intrínseca para su validez, como era la intervención de los Albaceas en la venta y en la reinversión del precio obtenido, la inobservancia de tales requisitos impide por sí sola la entrada en el Registro del acto dispositivo, al carecer de un elemento indispensable para su existencia, sin que quepa darles el tratamiento de condición en sentido técnico, ni aplicar, por tanto, por analogía el artículo 16 LH.

En el supuesto objeto de la Resolución citada, la testadora «instituye por sus únicos universales herederos, por iguales partes y en la forma y manera que después se explicará en esta misma cláusula, a sus seis sobrinos carnales, hijos del difunto hermano de la otorgante, ...». Dicha institución se aclara posteriormente que lo es «solamente en usufructo vitalicio, debiendo adquirir el pleno dominio de los bienes que le corresponden de la testadora al fallecer cada uno de tales herederos, los hijos o los descendientes legítimos de hijos legítimos que al morir el heredero usufructuario fallecido quedaran de éste por iguales partes, ...». Al mismo tiempo, y «no obstante todo lo dispuesto en la presente cláusula», la testadora añade que «podrán los herederos usufructuarios vender los bienes del usufructo durante su vida, pero si hicieran uso de este derecho, será indispensable que inmediatamente inviertan todo el precio que obtuvieran ...depositándose los efectos públicos o valores mercantiles en el Banco de España...». «Y aunque se les concede a los usufructuarios el derecho de vender de que se la ha hablado la testadora les ruega que no hagan uso del mismo sino en los casos en que sea conveniente hacerlo...». En testamento posterior complementario aclara «En cuanto a la facultad para vender los bienes que se concede a los herederos usufructuarios en la misma cláusula quinta del aludido testamento, la testadora ante mí ordena que para efectuar tales ventas intervengan en las ventas, en la percepción del precio y en la colocación de éste, para que los que se compraren con el mismo sigan la misma condición que los bienes que se vendieren, cualquiera de los albaceas nombrados», advirtiendo expresamente que «No haciéndose las ventas como aquí se ordena, se considerarán nulas».

Por escritura otorgada ante Notario, los cinco herederos sobrevivientes, con asistencia e intervención del albacea contador-partidor, vendieron cada uno su parte respectiva, haciéndose relación en la parte expositiva del documento de las disposiciones testamentarias que les facultaban para vender los bienes que integraban el usufructo, e hicieron constar «que al hacer uso de las atribuciones concedidas por la testadora, declaran que cumplirán estrictamente sus disposiciones testamentarias», manifestando igualmente que invertirán el valor del usufructo en títulos de la deuda y los depositarán en el Banco de España. Presentada la escritura, el Registrador deniega la inscripción por no haberse otorgado en la enajenación de ellas las normas impuestas que para llevarlas a efecto estableció la causante en su testamento, habiendo sancionado su inobservancia con pena de nulidad de la misma. Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente de la

40. La idea aparece recogida en la legislación fiscal, si bien el Reglamento del Impuesto de Derechos reales actual alude en su art. 32, no sólo a la «condición puramente potestativa, cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del heredero»; ahora, con la nueva redacción lo «potestativo» y la «exclusividad» puede exigir, en muchos casos, dos voluntades, la del usufructuario y la de cualquiera de las personas que el precepto cita. Ello hace, señala BAS Y RIVAS, que aquel «tinte dominical se debilita en tales términos que se someten a tributar por la propiedad plena a usufructos, cuya facultad de disposición no corresponde a los usufructuarios». BAS Y RIVAS: pg. 75.

41. RDGRN 1 octubre 1926.

Audiencia declaró bien calificada la denegación parcial de la escritura. La DG confirma el auto apelado considerando que *«para inscribir la “condictio iuris” o, mejor dicho, el acto sujeto a la misma, como si se tratara de una condición ordinaria y evitar las situaciones jurídicas oscuras o contradictorias a que se llegaría autorizando el ingreso en el Registro de documentos otorgados “sub condicione” por quien no tenga la libre disposición de sus bienes o se halle limitado en sus facultades de enajenar por trabas formales, es necesario que el negocio jurídico esté en un período incoactivo perfecto, sin amenaza de nulidad y que las relaciones jurídicas en cuestión sean aceptadas por los contratantes como condicionales, extremos que faltan en la escritura calificada, donde se transforma en obligación de los vendedores el cumplimiento de las formalidades prescritas por la testadora, bajo pena de nulidad. Considerando que no puede forzarse la analogía que existe en la escritura autorizada por el Notario recurrente y en una venta de fincas bajo condición, para llegar a la inscripción de aquélla y subordinar la perfección de la transferencia a la extensión de una nota marginal en analogía con el supuesto regulado por el artículo 16 de la LH, porque el contrato que contiene obligaciones condicionales crea un estado jurídico perfecto, engendra relaciones objetivamente fecundas y es un negocio jurídico condicionante más que condicionado, mientras el acto bilateral a que se refiere este recurso carece de un requisito en cierto modo indispensable para su existencia y no liga a las partes interesadas en la forma indicada».*

La Dirección General tiene clara la idea de que la transferencia de los bienes por parte del usufructuario facultado para disponer puede hacerse, en su caso, libre de toda condición y restitución, transmitiendo el pleno dominio a los adquirentes. Lo afirma la R. de 6 diciembre 1929 (JC, núm. 126, pg. 671), a propósito de un usufructo con facultad de disponer constituido por actos «inter vivos». Y lo hace con independencia de la hipótesis que se baraje respecto a su naturaleza jurídica, aportando alguna –figura compleja, bien usufructo con delegación o apoderamiento para otorgar ventas, bien transferencia real de facultades dominicales, regulada por un conjunto de condiciones y cláusulas reversionales, bien situación fiduciaria de caracteres mixtos–, aunque todas tienen en común que parten que la facultad dispositiva añadida al usufructo altera su naturaleza. Con todo, si bien *«son grandes las dificultades que presenta esta figura jurídica y dudosa la posibilidad de extenderla a las constituciones de usufructo “inter vivos”, por favorecer tal supuesto la escisión del derecho de propiedad en dos porciones, una material o sustantiva y otra formal y dispositiva, con grupo de facultades rebeldes a toda precisión técnica, que parecen corresponder al antiguo concedente o transferente y, al mismo tiempo, pasan a formar parte del patrimonio del concesionario»*, no considera necesario decantarse por una postura para resolver el presente recurso gubernativo, ni fijar por ello *«porque ... las escrituras confieren a los vendedores amplias facultades de disposición, sin obligarles a manifestar ni las razones que les determinan a vender ni la forma en que van a invertir los productos,... y expresan con toda claridad que la transferencia de los bienes puede hacerse libre de toda condición y restitución, transmitiendo su pleno dominio a los adquirentes».*

En el caso concreto de esta Resolución se otorga una escritura de partición de bienes en los siguientes términos; a sus tres hijos la nuda propiedad y a su esposa el usufructo de los bienes. Posteriormente una de las hijas, religiosa, vende en escritura pública a sus hermanos el derecho de usufructo que le pudiese corresponder una vez fallecida su madre, reservándose la nuda propiedad y concediéndoles facultades para que *«estando ambos de acuerdo, siempre que lo consideren necesario o conveniente, dispongan de cualesquiera de los bienes comprendidos en la cesión, pero dando al producto de los que enajenen nueva inversión en otros que permanezcan subrogados a ellos y sujetos al usufructo mismo».* Al tiempo que sometía la venta a la condición de que el usufructo terminaría si la cedente, por cualquier motivo, dejase de pertenecer a la Comunidad religiosa en la que profesaba, o si ésta quedaba dispersa, de hecho o de derecho, supuestos en los que la cedente recobraría enteramente el disfrute y la libre disposición de los bienes comprendidos en la cesión. Esta escritura de compraventa fue inscrita en el registro.

En una nueva escritura, se aclara o interpreta el alcance de la condición resolutoria que afectaba a la venta manifestando que el derecho de vender los bienes se les concede sin limitación y sin más requisitos que los de estar ambos o sus causahabientes de acuerdo, y de considerar éstos la enajenación necesaria o conveniente e invertir los productos en otros bienes, sujetos, como los vendidos, al usufructo mismo. Añadiendo que los bienes vendidos en uso de esa facultad se entenderá que pueden transmitirlos libres de toda condición, confirmando el pleno dominio y la libre disposición de los mismos a los adquirentes. En uso de esta facultad, sus hermanos venden a tercero unos bienes, escritura que el Registrador inscribe salvo en lo referente a la nuda propiedad, porque ese derecho no figura transmitido a los vendedores, apareciendo registrado aún a nombre de la otorgante del usufructo.

Los vendedores interponen recurso gubernativo, entre otros motivos, porque en el Código Civil encaja el usufructo con facultad de enajenar en caso de necesidad con justificación o sin ella (citando los arts.

467, 468, 470, 1255 y 1271), de modo que *«inscrita en el Registro la escritura de venta del usufructo hecha a sus hermanos, ha de constar en el fondo de la inscripción, bajo la forma de menciones del derecho que se inscriba, conforme al núm. 2 del artículo 9 de la Ley hipotecaria, la facultad de enajenar los bienes de la cesión, invirtiendo el producto de aquélla en otros que permanezcan sujetos al mismo usufructo, siempre que concurren las circunstancias de estar ambos hermanos de acuerdo y considerar la enajenación necesaria».*

Interesante es el argumento vertido en el recurso, de distinguir dos tipos de relaciones en torno a los derechos concedidos a los vendedores: las «externas» frente a terceros, por las que, con apariencias de propietarios, pueden disponer de la nuda propiedad, e «internas» como simples mandatarios, a los efectos de subrogar el importe obtenido en favor de su hermana.

El Registrador alegó en defensa de su nota, entre otras razones, que el usufructo de toda la finca lo adquirió la madre, y registrado a su nombre, no podía estarlo al mismo tiempo al de sus hijos. El Presidente de la Audiencia acordó revocar la nota denegatoria del Registrador y en su consecuencia, mandó hacer la inscripción de la tercera parte indivisa perteneciente a la hija sobre la casa y del usufructo correspondiente a esa nuda propiedad desde que se extinga el actual de su madre.

La DG confirma el auto apelado, considerando que *«para resolver este recurso gubernativo no se necesita, sin embargo, fijar los contornos de la borrosa figura discutida, porque ya se trate ahora de la constitución de un usufructo con delegación o apoderamiento para otorgar la venta de los inmuebles, mediante el acuerdo de los cesionarios, ya se haya realizado una transferencia real de facultades dominicales regulada por un conjunto de condiciones y cláusulas reversionales, ya, en fin, se haya tratado de crear una situación fiduciaria de caracteres mixtos, es lo cierto que las escrituras de 4 marzo de 1927 y 12 diciembre de 1928, hoy inscritas, confieren a los vendedores amplias facultades de disposición, sin obligarles a manifestar ni las razones que les determinan a vender ni la forma en que van a invertir los productos, aunque éstos se hallen depositados en la Sucursal del Banco de España, y expresan con toda claridad que la transferencia de los bienes puede hacerse libre de toda condición y restitución, transmitiendo su pleno dominio a los adquirentes».*

Más recientemente, la R. de 30 abril 1999 reitera esta libertad en el ejercicio de la facultad dispositiva que se otorga al usufructuario<sup>42</sup>. Se trataba, en concreto, de una donación de un inmueble con reserva del usufructo vitalicio a favor de los cónyuges donantes y de la facultad de disponer en caso de necesidad que no tendrían que justificar. Escritura de donación que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, en uso de la facultad reservada, los donantes constituyen hipoteca sobre la finca en garantía de un préstamo otorgado a favor de su hijo, a su vez, padre del donatario. Presentada la escritura de préstamo hipotecario, se inscribe sólo en cuanto al usufructo y se deniega respecto a la nuda propiedad, justificándose la medida porque la facultad de disposición del pleno dominio se había reservado para caso de necesidad y ello no se daba en el caso presente, al ser una hipoteca por deuda ajena. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia confirmó la nota, no así la Dirección General que revocó el auto y la nota, considerando que el defecto señalado no puede ser mantenido, porque *«siendo el donante titular de la facultad de disponer del pleno dominio del bien, tal y como consta en el asiento correspondiente, puede en ejercicio de dicha facultad constituir hipoteca sobre el mismo y el donatario debe soportar el gravamen porque la subsistencia de su derecho depende precisamente de su no ejercicio».* Por último, destacar que para la Dirección General la situación de necesidad a la que se supedita el uso de tal facultad es algo cuya apreciación queda al margen de la calificación del Registrador cuando los términos en que se hizo la reserva se hacen sin sujetarla a condición o necesidad de justificación alguna, sin perjuicio de que la impugnación judicial del acto de disposición por quien, en su caso, corresponda.

### 3. El concepto de «necesidad exenta de justificación».

La necesidad exenta de justificación, que acompaña frecuentemente a la concesión de la facultad dispositiva otorgada al usufructuario es un concepto que admite un doble entendimiento. En primer lugar puede querer significar que el facultado para disponer no necesita acreditar la misma, como si la existencia de la necesidad que lo «obliga» a realizar el acto dispositivo actuase como una especie de «condictio iuris» de la enajenación, pero sin excluir que la ausencia de necesidad pueda ser probada por el segundo llamado

42. Cfr. GÓMEZ-SALVAGO: «Donación de inmueble con reserva de usufructo y de la facultad de disponer. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de abril de 1999», *Revista de Derecho Patrimonial*, Edit. Aranzadi, 1999, núm. 3.

y apreciada por el Tribunal según los medios de prueba ordinarios. Así entendida, se trataría entonces, señala CARRASCO<sup>43</sup>, de una simple modificación de la regla de la carga probatoria, interpretación de la cláusula cuyo alcance es el que le otorga Díez Picazo<sup>44</sup>, tomando como referencia la posibilidad de impugnar los actos de enajenación realizados por el fiduciario y las reglas de la carga de la prueba<sup>45</sup>, y del que participa también Roca Sastre<sup>46</sup>.

En un segundo sentido, que es el que viene avalado por la tradición precodificada, la necesidad exenta de acreditación tiene un significado más intenso. Significa, simplemente, que la facultad dispositiva es libre y no puede ser atacada con la prueba de ausencia de necesidad. La mención de la necesidad sería un puro llamamiento en conciencia, tan frecuente en las disposiciones testamentarias o, a lo más, una «demostratio» de las razones que al testador impulsaron a realizar la institución con facultad dispositiva. Interpretación que a juicio de CARRASCO, es la recogida en las Sentencias de 10 julio 1903, 14 abril 1905, y 1 febrero 1927.

La Jurisprudencia reciente, es mayoritaria en el sentido de entender que la necesidad no tiene que ser probada, pero que debe existir desde luego, correspondiendo la carga de la prueba de la no necesidad a quienes impugnan la venta. Como ejemplo de lo dicho cabe citar en primer lugar la S. de 9 octubre 1986 (JC, núm. 569/1986).

En testamento abierto otorgado en 1929, el abuelo de los actores y padre del demandado instituyó herederos a sus cinco hijos y respecto de cuatro de ellos dispuso que «en cuanto exceda de la legítima estricta les sean adjudicados los bienes en usufructo, correspondiendo la nuda propiedad a sus descendientes legítimos, nietos del testador, con facultad de disponer libremente por acto «mortis causa» y también con la facultad de enajenarlos y gravarlos libremente por actos «inter vivos» si lo necesitasen, bastando que aleguen esta necesidad, sin prueba ni justificación alguna» (cláusula octava).

Viudo el hijo, contrajo segundo matrimonio con la codemandada, a quien transmitió mediante escritura pública en 1981 la nuda propiedad de dos fincas, entre ellas, de una dehesa de labor, objeto del pleito, por precio confesado de cinco millones quinientas mil pesetas, con minuciosa referencia a las diversas entregas y con la manifestación del enajenante de que procedió a la venta «en uso de la facultad de libre disposición que le confirió su señor padre en el testamento que fue ley de su herencia», expresando además que lo hace «para atender necesidades personales y familiares que no le es preciso justificar». Pretendida por los hijos del vendedor la nulidad de la venta en cuanto al inmueble mencionado oponiendo inexistencia de poder de disposición en el enajenante y por concurrencia, además, de dolo y mala fe, las sentencias de uno y otro grado desestimaron lo postulado, por entender que la transmisión es eficaz y el contrato no tiene vicio invalidante. El TS no da lugar al recurso.

43. CARRASCO, pg. 128. Por analogía proporcional con el 767 CC. Según este precepto, la causa falsa como causa errónea (o como causa mentida) no afecta a la institución, salvo que se pruebe que en el ánimo del testador el motivo había sido determinante. Sí se admite que desde este precepto al problema comentado «valet argumentum», cabría expresar la conclusión de esta suerte: cuando el testador concede la facultad dispositiva condicionada a la necesidad que no es preciso probar, debe conjeturarse que aquella concesión no ha estado realmente motivada en el concepto de necesidad. CARRASCO: «Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación (Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 1987)», *PJ- 7*, 1987, pgs. 127-133.

44. Díez-Picazo: «Disposiciones de residuo: Sus diferencias con la sustitución fideicomisaria: Los actos de enajenación del fiduciario y su posible impugnación: La prohibición de enajenar de los albaceas. S. 19 de enero de 1962», en *Estudios sobre Jurisprudencia civil, III*. Madrid, 1976, pgs. 434-437.

45. En casos como los de la Sentencia 29 enero 1962, «en el que el causante faculta a la heredera usufructuaria vitalicia para enajenar y gravar los bienes, en caso de necesidad que no había de probar, la determinación de dicha necesidad se deja a la libre conciencia del heredero, de modo que la enajenación no puede ser impugnada por la circunstancia de no haberse justificado aquella necesidad». Pero señala tres vías para impugnarla: 1. Por falta de real existencia de la necesidad, aunque la prueba corresponde al actor (en contra de CARRASCO). 2. Por abuso de derecho. 3. Ilícitud de la causa, las dos últimas admitidas por CARRASCO. «En un orden práctico quedan, sin embargo, como conclusiones: a) Que toda acción de impugnación de los actos de un fiduciario en un fideicomiso de residuo tropieza con la grave dificultad de que la carga de la prueba la soporta el actor, lo cual hace sumamente difícil el éxito de su acción, y b) Que el actor debe alegar y probar cuantos hechos conduzcan a precisar no sólo la intención abusiva o dolosa del disponente, sino también la objetiva falta de una necesidad real para llevar a cabo el acto de disposición». Díez-Picazo: ult. loc. cit.

46. La «necesidad exenta de justificación» no es preciso justificarla, como hace también la DGRN a los efectos de estimar inscribible la enajenación otorgada por el usufructuario, sin perjuicio de que «a posteriori» pueda impugnarse una venta «abusiva», demostrando que se ha otorgado con mala fe. El usufructuario con facultad para vender debe comportarse como si fuera propietario pleno y, por tanto, ejercitar dicha facultad de una manera normal, de igual modo que existe el problema del control en el ejercicio del poder dispositivo en el fideicomiso de residuo. Roca Sastre: *Estudios de Derecho privado II. Sucesiones*. Madrid, 1948, pgs. 71-84.

Sobre la base de encontrarnos ante una *disposición usufructuaria con autorización para disponer*, examina el alcance de la facultad concedida, que en el caso presente no está sometida más que a la libre apreciación del sujeto, sin que tenga que probar la situación de necesidad. En efecto, el requisito de la no justificación de la necesidad motivadora de la venta aparece cumplido en el caso de la litis por cuanto el vendedor manifiesta (cláusula cuarta de la escritura de venta) «que realiza la venta para atender necesidades personales y familiares que no le es preciso justificar» y su aserto no está desvirtuado por prueba alguna en contrario [cdo. cuarto]. Al tiempo se desestima el recurso porque los actores recurrentes se abstuvieron de toda prueba para demostrar que la enajenación había sido abusiva o realizada de mala fe o fingiendo una necesidad carente de real existencia, habiendo ocurrido más bien lo contrario, que habían sido los demandados quienes habían aportado probanzas sobre los desembolsos efectuados por la compradora, existiendo por tanto elementos demostrativos de la contraprestación de la compradora mediante la constitución de un depósito en metálico, el libramiento de talones, y la aceptación de una letra de cambio por la adquirente, además de que los ingresos obtenidos por su padre revelaban que la posición económica que disfrutaba distaba mucho del desahogo requerido por el plano social en que se desenvolvía.

A los efectos de la carga de la prueba de la necesidad, sigue la doctrina mayoritaria que la impone al que afirma su inexistencia: «De ser autorizado el usufructuario para disponer en caso de necesidad según libre apreciación del sujeto sin condición ni limitación alguna, es común opinión doctrinal que la confianza del testador en la honorabilidad y buena fe del beneficiario legitima a éste para realizar actos de enajenación, sin que pueda serle exigida la prueba de aquella situación, por lo mismo que supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle», pero a continuación limita en cierto sentido el concepto, al declarar que «corresponde a los recurrentes demostrar que la enajenación ha sido abusiva o de mala fe o fingiendo una necesidad carente de real existencia».

Además de la demostración de la falta de necesidad como causa legitimadora de la disposición, se admiten otras dos vías de impugnación de la disposición realizada por el usufructuario. Nos referimos a la simulación del negocio dispositivo por falta de causa y a la existencia de fraude. Ambas aplicadas en el supuesto concreto de la sentencia: En efecto, «... Improbada por tanto, la carencia de causa en el contrato objeto de compraventa, queda en pie la presunción de su existencia y licitud conforme al artículo 1277, lo que hace improsperable el motivo, ... y la misma suerte ha de correr el motivo que se apoya en la infracción del artículo 6.4 CC, por cuanto no existen datos fácticos con la indispensable consistencia para reprochar al vendedor una actuación fraudulenta». Tres son, pues, las vías de impugnación aludidas: la falta de necesidad como causa legitimadora de la disposición, la simulación por falta de causa, y el fraude, con la consecuencia práctica de tener que probar tanto los elementos subjetivos (mala fe, dolo, fraude), como los objetivos (falta real de necesidad de la enajenación) para que la impugnación prospere.

En la misma línea la S. de 4 mayo 1987 (JC, núm. 265/1987), en la que se concede a la viuda usufructuaria la facultad para disponer de ciertos bienes por actos «inter vivos», en caso de necesidad, que apreciaría en conciencia la esposa legataria, nombrando herederos universales a otras personas, entre ellas la demandante. La usufructuaria vende a su sobrina y al marido de ésta el lugar acasado objeto del pleito, ejercitando la demandante la acción de nulidad por simulación de la compraventa realizada. En Primera Instancia se admite la demanda, que es confirmada en apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso, por haberse demostrado la ausencia de la causa legitimadora de la disposición, afirmando que «ciertamente el testamento a que se ha hecho referencia concedió a la viuda usufructuaria facultad para disponer de ciertos bienes “en caso de necesidad que apreciará en conciencia la esposa legataria”, es decir, sin tener que alegar previamente tal necesidad; pero ello no exime de que tal necesidad había de existir desde luego, y que tenía que ser de algún modo acreditada, y este hecho no aparece probado, sino más bien lo contrario, es decir, que disfrutaba de una posición económica desahogada, y de estas circunstancias, además de los datos fácticos que apreció la Sala “a quo” de los que dedujo una simulación absoluta de contrato por no concurrir los elementos esenciales para su validez que exige el artículo 1261 CC cabe apreciar por parte de la vendedora usufructuaria en dicha circunstancia una venta con dolo o abuso con finalidad de burlar los legítimos intereses de los nudos propietarios, contrato que según la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 10 julio 1903 y 1 febrero 1927) puede ser impugnado por aplicación de los principios de abuso de derecho; de tal forma que como previo al acto dispositivo debería constar que el rendimiento de los bienes usufructuados era insuficiente para subvenir a las necesidades de la usufructuaria, pues en otro caso resultaría injustificada la venta. Así se estimó en Sentencia de 24 de febrero de 1959 la existencia de abuso de derecho en un supuesto de venta para caso de necesidad que la usufructuaria apreciaría libremente, sin control ni fiscalización alguna, sin estar necesitada del producto de la venta y con el solo fin o móvil de privar al actor de su herencia, y por ello, en otras sentencias se ha puesto de relieve la conveniencia de medidas o cautelas fiscalizadoras, especialmente si la facultad dispositiva del

*usufructuario se otorga como facultad genérica, que no requiere de suyo necesidad de justificar, y entre estas cautelas se ha señalado la de prestar asentimiento a la enajenación el nudo propietario o un tercero (doctrina deducida de las Sentencias, entre otras, de 14 abril de 1905 y 5 marzo de 1926). En todo caso, aunque no se llegue al establecimiento de esas cautelas, ha de responder la facultad dispositiva del usufructuario a una causa jurídica lícita que permita apreciar y probar su grado de necesidad y que la venta de bienes es suficiente para satisfacer dicha necesidad, que no ha de ser debida al mal uso de los derechos correspondientes al usufructuario».*

Recientemente, la Sentencia de 3 marzo 2000 (RJ 2000, 1501), citando expresamente muchas de las resoluciones aquí recogidas abunda en esta línea, al referirse en concreto a la apreciación de la «necesidad» partiendo de la siguiente cláusula literal del testamento: «Instituye herederos de por mitad en la tercera parte de su herencia destinada a legítima a sus nombrados padres ... o al que de ellos sobreviva al fallecimiento de la testadora; y en las dos terceras partes restantes instituye heredero en usufructo vitalicio a su esposo ..., con facultades de disponer en caso de necesidad, apreciada según su conciencia, y al fallecimiento del mismo pasarán los bienes de que éste no hubiere dispuesto de por mitad y en pleno dominio a sus sobrinas...». Interpuesta la demanda por las sobrinas, ante el ejercicio de la facultad dispositiva por el esposo, se estima la demanda en Primera instancia y en apelación; el TS desestima el recurso por quedar demostrado que no existía la situación de necesidad. Para ello los datos que se valoran son relevantes: edad de 85 años del usufructuario, saldo en cuenta bancaria de 6.371.275 pesetas, vivienda propia y rendimientos de fincas rústicas y urbanas, extrayendo una consecuencia «razonable y ponderada», ... «porque la doctrina del “onus probandi” funciona en relación con la normalidad de las cosas, y por ello incumbe la prueba a quien sostenga afirmaciones que salgan de dicho esquema fáctico. Por ello (en vista de determinadas circunstancias) ya dice la Sentencia de 4 mayo de 1987, con referencia al tenor de la cláusula “sin tener que alegar previamente tal necesidad”, que “ello” no exime de que tal necesidad había de existir desde luego, y que tenía que ser de algún modo acreditada, y este hecho no aparece probado, sino más bien lo contrario”».

Al respecto se declara: «La redacción de la cláusula es similar a la de otros casos (que sólo a la usufructuaria corresponde apreciar, en S. 17 mayo 1962; sin que tenga que justificar ante nadie dicha necesidad, en S. 23 noviembre 1971; bastando alegarla, sin prueba, ni justificación alguna, en S. 9 octubre 1986) y sensiblemente igual a las contempladas en la Resolución de 22 febrero de 1933 y Sentencia 4 mayo 1987 (en que se deja la apreciación “a la conciencia”) y Sentencia 2 julio 1991 (“a su solo juicio”). Esta remisión a la conciencia, al margen en cualquier caso de la hermenéutica testamentaria del supuesto concreto, podría acaso interpretarse sobre la base de distinguir entre la creación de la situación de necesidad (con amplia libertad) y su real existencia dentro de dicha situación (que ha de probarse). De cualquier manera que sea, lo que no cabe entender es que se pueda operar como si no hubiera la exigencia de la necesidad. Ésta es una restricción o limitación ineluctable (SS. 9 octubre 1986, 4 mayo 1987 y 2 julio 1991). La Jurisprudencia se ha inclinado por entender que la denuncia del acto dispositivo por falta de necesidad puede operar, aparte de las hipótesis de simulación, por la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7 CC) del dolo o mala fe, de tal manera que, si falta la causa jurídica lícita (de la necesidad), se produce una burla antijurídica de los legítimos interés de los nudos propietarios. Y en esta línea se atribuye la carga de la prueba, como hecho constitutivo de la acción, y porque además de otro modo “supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle” (S. 9 octubre 1986), a los nudos propietarios...».

En la misma línea la Sentencia de 9 marzo 2000 (RJ 2000, 1516) confirma que «la expresión “si lo necesitare” hace referencia a la facultad de disponer y a su causa, hay o no obligación de justificarla. La necesidad, como estado carencial, está siempre presente aquí para justificar, aunque sea sólo desde la apreciación de quien en ese estado o de ese simple concepto se vale, que se vaya a realizar o se haya realizado el acto dispositivo... Esto así, el usufructo con facultad de disposición, supeditado a estado de necesidad –absoluta, mayor o menor y de justificación obligada o no– ... siempre hace referencia a insuficiencia de medios propios...».

Minoritaria en cambio es la doctrina que entiende que la falta de necesidad no puede ser atacada con la prueba de su ausencia. Entre éstas se puede citar la S. de 14 abril 1905 (JC núm. 17/1905, pg. 101). Según el testamento otorgado, se instituye al marido heredero usufructuario «facultando, dice literalmente, al heredero usufructuario para que pueda disponer en venta de los bienes en que consista el usufructo, pero ello en el solo caso de necesitarlo, para con su producto atender a su decorosa subsistencia; encargándole, y así lo espera, que no abuse de esta facultad que le otorga», relevándole de la obligación de prestar fianza como usufructuario, y nombrándole albacea solidario junto con otras personas. Terminado el plazo de

prórroga determinado por la testadora para el cumplimiento del testamento por los albaceas, el heredero usufructuario, en su condición de albacea, realiza la partición de la herencia, y procede a vender bienes en uso de la facultad concedida por la testadora. Los legatarios nombrados nudo propietarios demandan solicitando que se declare la nulidad de la partición, por haberse realizado sin su intervención y de las ventas otorgadas por no existir el caso de necesidad previsto por la testadora.

El Tribunal rechaza la argumentación del nudo propietario recurrente, considerando que la sentencia no incurre en las infracciones que se supone, «pues conforme a las mismas disposiciones y jurisprudencia que el recurrente invoca, debe entenderse toda disposición testamentaria en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y habiendo la testadora facultado expresamente a su heredero usufructuario para que pudiera disponer en venta de los bienes en que consistía el usufructo en el solo caso de necesitarlo para atender a su decorosa subsistencia, encargándole –y así decía esperarlo– que no abusara de la facultad concedida, sin exigir prueba alguna de la necesidad, ni condicionar de ningún modo la forma de acreditarla, es obvio que la determinación y graduación de dicha necesidad se dejó por la testadora a los dictados de la conciencia del heredero, cuyos actos en uso del derecho concedido no pueden ser impugnados por la circunstancia de no haberse justificado aquella necesidad, sólo invocada al otorgar las ventas, ya que dicha prueba implicaría para el heredero una obligación no impuesta por la testadora, y contradictoria por tanto de la voluntad de la misma, especialmente en el presente caso, en el cual la circunstancia de haber la testadora encargado a su heredero usufructuario que no abusara denota manifiestamente la amplitud de la facultad que se le concedía».

Según LACRUZ estamos ante un supuesto en el que la facultad de disponer es absoluta e incondicional; ello hace que no se configure como un verdadero usufructo, y que la concesión de dicha facultad comporte o haga tránsito hacia un fideicomiso de residuo, razón por la que no existe obligación de afianzar tampoco, aunque la sentencia no aborde directamente el problema de las obligaciones del usufructuario. Según sus palabras, facultado el heredero usufructuario para vender, a fin de atender a su decorosa subsistencia, es obvio que la graduación y determinación de la necesidad se dejó por el testador a los dictados de la conciencia del heredero. Juicio del que participa CARRASCO, como uno de esos supuestos que hacen tránsito a un legado de propiedad al no poder ser atacada la necesidad con la prueba de su ausencia. La necesidad exenta de justificación se interpreta de un modo intenso por la presente sentencia, como un puro llamamiento en conciencia, o, a lo más, una «demostratio» de las razones que a la testadora impulsaron a realizar la institución con facultad dispositiva, de manera que no puede ser atacada con la prueba de ausencia de necesidad, por analogía proporcional con el artículo 767 CC, pudiendo conjeturarse en opinión del último autor, que cuando el testador concede la facultad dispositiva condicionada a una necesidad que no es preciso probar, la concesión no ha estado realmente motivada en el concepto de necesidad<sup>47</sup>.

Planteada por la parte recurrente entre los motivos del recurso la infracción por el Tribunal «a quo» de las reglas de interpretación de los testamentos, al interpretar que la testadora quiso que su esposa vendiera todo o parte de los bienes en que consistía el usufructo según su conciencia, el Tribunal rechaza la argumentación del recurrente, considerando que la sentencia no incurre en las infracciones que se supone, pues conforme a las mismas disposiciones y jurisprudencia que el recurrente invoca, debe entenderse toda disposición testamentaria en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y habiendo doña Ventura C. facultado expresamente a su heredero usufructuario don Plácido J. para que pudiera disponer en venta de los bienes en que consistía el usufructo en el solo caso de necesitarlo para atender a su decorosa subsistencia, encargándole –y así decía esperarlo– que no abusara de la facultad concedida, sin exigir prueba alguna de la necesidad, ni condicionar de ningún modo la forma de acreditarla, es obvio que la determinación y graduación de dicha necesidad se dejó por la testadora a los dictados de la conciencia del heredero, cuyos actos en uso del derecho concedido no pueden ser impugnados por la circunstancia de no haberse justificado aquella necesidad, sólo invocada al otorgar las ventas, ya que dicha prueba implicaría para el heredero una obligación no impuesta por la testadora, y contradictoria por tanto de la voluntad de la misma, especialmente en el presente caso, en el cual la circunstancia de haber doña Ventura C. encargado a su heredero usufructuario que no abusara denota manifiestamente la amplitud de la facultad que se le concedía.

47. CARRASCO: «Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación», pgs. 127-133.

DÍEZ PICAZO<sup>48</sup> piensa que debe atribuirse al concepto de «necesidad exenta de justificación» un significado menos intenso que el apuntado por CARRASCO, basándose para ello en el argumento que proporciona la posibilidad de impugnar los actos de enajenación realizados por el fiduciario, lo que «en el orden práctico», significa «que toda acción de impugnación de los actos de un fiduciario en un fideicomiso de residuo tropieza con la grave dificultad de que la carga de la prueba la soporta el actor, lo cual hace sumamente difícil el éxito de su acción, y que el actor debe alegar y probar cuantos hechos conduzcan a precisar no sólo la intención abusiva o dolosa del disponente, sino también la objetiva falta de una necesidad real para llevar a cabo el acto de disposición»<sup>49</sup>. Comentando lo resuelto por el Tribunal en Sentencia 29 enero 1962, afirma que «En casos como el descrito, en el que el causante faculta a la heredera usufructuaria vitalicia para enajenar y gravar los bienes, en caso de necesidad que no había de probar, la determinación de dicha necesidad se deja a la libre conciencia del heredero, de modo que la enajenación no puede ser impugnada por la circunstancia de no haberse justificado aquella necesidad». Pero señala tres vías para impugnarla: la primera, por falta de real existencia de la necesidad, aunque la prueba corresponde al actor (en contra de CARRASCO); la segunda, por abuso de derecho y la tercera, por ilicitud de la causa, las dos últimas admitidas por CARRASCO.

ROCA SASTRE también se decanta por un significado menos intenso del concepto, en el sentido de que la «necesidad exenta de justificación» no es preciso justificarla, como hace también la DGRN a los efectos de estimar inscribible la enajenación otorgada por el usufructuario, sin perjuicio de que «a posteriori» pueda impugnarse una venta «abusiva», demostrando que se ha otorgado con mala fe. El usufructuario con facultad para vender debe comportarse como si fuera propietario pleno y, por tanto, ejercitar dicha facultad de una manera normal, de igual modo que existe el problema del control en el ejercicio del poder dispositivo en el fideicomiso de residuo<sup>50</sup>.

En general, de la Jurisprudencia resultan como conclusiones obtenidas por RIVAS las siguientes: La primera, que la apreciación de la existencia del caso de necesidad es facultad personal y exclusiva del usufructuario; la segunda, que la situación de necesidad, aunque no haya de ser probada, debe ser alegada a los efectos de la inscripción del acto dispositivo, porque tal alegación constituirá el único dato que permita constatar que la situación fáctica, que legitima la disposición, ha sido valorada o juzgada por el usufructuario o persona a quien, en su caso, pueda corresponder esta facultad; la tercera, que la libertad de que goza el usufructuario en cuanto a la apreciación del caso de necesidad no quiere decir que el nudo propietario quede totalmente indefenso ante el posible exceso por parte de aquél en el uso de sus poderes dispositivos<sup>51</sup>.

## V. CRÓNICA DE LA FIGURA EN EL ÁMBITO TESTAMENTARIO

### 1. Introducción.

En el ámbito testamentario es conocido el debate en torno a las analogías y diferencias entre la

48. DÍEZ-PICAZO: «Disposiciones de residuo: Sus diferencias con la sustitución fideicomisaria: Los actos de enajenación del fiduciario y su posible impugnación: La prohibición de enajenar de los albaceas. S. 19 de enero de 1962», en *Estudios sobre Jurisprudencia civil III*. Madrid, 1976, pgs. 434-437.

49. DÍEZ-PICAZO: ult. loc. cit.

50. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado II. Sucesiones*. Madrid, 1948, pgs. 71-84. Recoge el autor explícitamente las palabras de la Resolución de 22 de febrero de 1933, que declara que «en el caso de que exista un heredero usufructuario facultado por el testador para enajenar por motivos de necesidad, achaques, enfermedades y otros semejantes, no puede erigirse la justificación de la causa, que queda a la apreciación y conciencia del heredero, sin otras limitaciones que las del dolo o abuso, que tendrán que ser objeto de las acciones correspondientes ante los Tribunales de Justicia». Por otro lado señala que la razón de necesidad presupone la facultad de consumo, o sea de invertir en sus necesidades el importe del precio obtenido de la venta, por lo que la cuestión de la subrogación real podría suscitarse respecto del sobrante que en su caso quedare después de satisfecha la necesidad del usufructuario.

51. RIVAS, pgs. 346 a 348. En su opinión, la cuestión está ya resuelta por el Tribunal Supremo. Las conocidas sentencias de 10 de julio de 1903 (usufructuario autorizado para vender o disponer de los bienes si lo necesitase), de 14 de abril de 1905 (usufructuario autorizado para disponer en venta de los bienes en el solo caso de necesitarlo para atender a su decorosa subsistencia), de 8 de marzo de 1926 (usufructuario autorizado para vender en caso necesario, sin necesidad de justificarlo), han sentado la doctrina de que la determinación y graduación queda a los dictados de la conciencia del usufructuario, quien puede apreciar libremente si es o no llegado el caso de hacer uso de la facultad de disponer, sin que sus actos dispositivos puedan ser impugnados por la circunstancia de no haberse justificado aquella necesidad.

sustitución fideicomisaria y los llamamientos hechos en concepto de usufructo y de nuda propiedad. En cuanto a sus analogías, el llamamiento hecho a un primer heredero para que disfrute la herencia con el encargo de pasar los bienes a un segundo heredero llegado el término o la condición puesta por el testador se caracteriza por serlo «ad tempus», y además por tratarse de un llamamiento al disfrute de los bienes, en cuanto está obligado a conservarlos para después transmitirlos al segundo llamado. Así descrito el fenómeno de la sustitución fideicomisaria, se asemeja bastante al llamamiento hecho en concepto de usufructo, hasta el punto de que la Jurisprudencia comenzó equiparando una y otra figura, existiendo fallos en los que el empleo literal del término usufructuario vitalicio es interpretado como una sustitución fideicomisaria propia. En este sentido, la STS 21 diciembre 1892 (JC, núm. 162/1892, pg. 630), a los efectos de que el fideicomisario pudiera exigir la caución o garantía que asegure el cumplimiento de la voluntad del testador, declara que «para evitar que el fiduciario se exceda de sus facultades o abuse de sus derechos, que no son otros que los de un usufructuario», si bien la equiparación no fue total, al negar el derecho de los fideicomisarios a intervenir en la partición de la herencia. Se puede citar también la STS 12 octubre 1895 (JC núm. 14/1895, pg. 64). Más recientemente, la de 13 septiembre de 1988 (La Ley, 1988-4, núm. 9059), alude a la citada equiparación, ante una enajenación de bienes realizada por el que tan sólo era heredero usufructuario de los mismos, señalando que «el carácter de mero usufructuario, cualquiera que fuere la naturaleza jurídica en que se considere, bien como un usufructo puro, según aprecia cierto sector de la doctrina, bien como un usufructo de consideración fiduciaria, que otro sector atribuye a la designación de heredero usufructuario, no atribuye facultades dispositivas del dominio pleno, cual ha sucedido en el presente caso, por no figurar en el patrimonio del transmitente...».

Entre la figura del heredero vitalicio y la del usufructuario de herencia existe la similitud de que ambos llamamientos son «ad tempus»<sup>52</sup>. Siquiendo a FERNÁNDEZ COSTALES en la exposición del tema, aquélla es una institución de heredero a término resolutorio, a la que será de aplicación el artículo 805, del cual resulta que, si se hubiera hecho designación de día o del tiempo en que haya de cesar el efecto de la institución de heredero, se entenderá llamado el sucesor legítimo cuando concluya el término señalado. En puridad, el régimen de la figura ha de amoldarse, por analogía, al que regula las sustituciones fideicomisarias a término, ya que el heredero vitalicio es, como el fiduciario, un propietario «ad tempus», a cuyo fallecimiento los bienes han de pasar a unos herederos del testador, que, a diferencia de lo que ocurre en las sustituciones fideicomisarias, no han sido designados por aquél, sino llamados por la ley. En este sentido, ni uno ni otro pueden disponer de los bienes por actos «inter vivos» ni «mortis causa».

Sin embargo, no por ello se califica al heredero vitalicio o al fiduciario como usufructuarios, ya que sus facultades exceden de las de éste y no pueden identificarse, al menos en teoría. Entre otras diferencias les separan que unos son herederos del testador, y por tanto, propietarios de sus bienes, si bien temporales, con las facultades que se les reconocen al propietario sobre los tesoros ocultos, sin que estén obligados a prestar caución o fianza, por ser estas las obligaciones propias de un usufructuario. En este sentido, si bien la Jurisprudencia comenzó equiparando las dos figuras, luego ha admitido, como pone de relieve RIVERO HERNÁNDEZ, que «no existe identidad absoluta entre el derecho a disfrutar una herencia con la condición de pasar los bienes a un segundo heredero y el derecho de usufructo, si bien pueden aplicarse al fiduciario, por analogía, muchas de las disposiciones que se refieren al usufructuario» (SS. 29 enero 1916, 22 diciembre 1920, 20 octubre 1954 y Res. 14 noviembre 1933 y 22 febrero 1943). Se dirá así que el fiduciario, en cuanto heredero, es propietario, acreedor, titular de los derechos reales, deudor, etc., mientras que si fuera usufructuario de la herencia no sería heredero, pues su llamamiento se entiende siempre hecho a título singular; que el primero puede enajenar y, en su caso, inscribir, el derecho que le compete sobre los bienes del causante, y éstos se confunden jurídicamente con su patrimonio, aunque deben tomarse medidas para evitar la confusión material y definitiva, con objeto de que pueda tener efectividad el derecho del fideicomisario (STS 20 octubre 1954).

En un usufructo ordinario, la unidad la proporciona la propiedad nuda, al ser el usufructo un derecho sobre cosa ajena, que tiene su fundamento en la separación entre poder de disponer —que corresponde al nudo propietario— y poder de explotación, que es del usufructuario. En cuanto tal, señala LACRUZ<sup>53</sup>, no es un dominio restringido en el tiempo, una «propiedad temporal», como la del fiduciario en la sustitución fideicomisaria, quien, «si falta el fideicomisario deviene propietario pleno: su derecho es verdadera propiedad, y por tanto está dotado de la elasticidad o “vis atractiva” de ésta. A diferencia del usufructo, que no

52. Seguimos a FERNÁNDEZ COSTALES, pgs. 107-109.

53. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, III. *Derechos reales*, vol. 2º, con la colaboración de SANCHO REBULLIDA. Barcelona, 1989, pg. 12.

atrae a la nuda propiedad que le falta, y en cambio es atraído por ella». Tampoco es un supuesto de dominio dividido, continúa este autor, porque si lo fuera «de la misma naturaleza que la nuda propiedad, los bienes usufructuados deberían administrarse en común por los diversos titulares de derechos sobre ellos; todos estos titulares podrían ejercitar el retracto, cada uno por su derecho, y así sucesivamente: consecuencias que no se producen en la regulación del Código Civil».

En los hechos objeto de la Sentencia de 9 marzo 2000 (RJ 2000, 1516), la cuestión se centra en la interpretación de dos cláusulas testamentarias, una del tenor literal siguiente: «En el usufructo vitalicio de sus bienes, instituye universal heredera a su esposa doña María, con facultad de disponer libremente por actos “inter vivos”, si lo necesitare». A dicha cláusula testamentaria sigue otra en la que el propio testador dispone que «en la nuda propiedad, nombra heredera a su sobrina doña María Lourdes o descendientes». Según el Tribunal, «parece evidente que el testamento regido por esas dos cláusulas, comprensivas de la totalidad de los bienes de la herencia del testador, contiene dos instituciones de herederos con plena eficacia, en los límites de sus modalidades, desde la muerte del testador según disponen los artículos 657 y 658 CC. Dados los términos en que han sido concebidas dichas instituciones –usufructo vitalicio a la viuda con facultad de disponer “inter vivos” y la nuda propiedad de esos mismos bienes a la sobrina, que puede encontrarlos mermados a su recibo en plenitud al fallecimiento de la anterior según el uso que de su facultad de disposición haya hecho aquélla–...».

## 2. La relación entre el usufructo con facultad de disponer y el fideicomiso de residuo.

Conocido es el debate en torno a las analogías y deferencias entre la sustitución fideicomisaria y el llamamiento en concepto de usufructo, el debate se reproduce entre el usufructo de disposición y el fideicomiso de residuo. Y ello porque constituyen dos instituciones que se solapan en cuanto a sus efectos empíricos, incluidos los fiscales, lo que explica, según CARRASCO, su coexistencia jurisprudencial.

Mayoritariamente, el usufructo con facultad de disponer se considera como un derecho real en cosa ajena, cuya naturaleza no se desvirtúa porque se le añade la facultad de disponer. Como afirma LACRUZ, la facultad de disponer forma parte del contenido económico atribuido al usufructuario. Pero cuando la facultad de disponer es absoluta e incondicional, se admite por cierta doctrina que entonces la disposición se asimila al fideicomiso de residuo si se constituyó por acto «mortis causa»<sup>54</sup>. Es la opinión de LACRUZ, a quien le parece que entonces, el favorecido ha sido llamado bajo término resolutorio, «ad tempus», no sólo a los frutos de los bienes, sino a algo más. Así también lo entiende FERNÁNDEZ COSTALES, para quien no le cabe duda de que «el usufructuario de herencia y el heredero vitalicio tienen una similitud tal que, prácticamente se identifican, como por ejemplo, en el supuesto de que ambos se les otorgue la facultad de disposición»<sup>55</sup>. La postura hoy tradicional ha sido profundamente criticada, entre otros por Díez Pícazo porque «la diferencia teórica –el fiduciario es un propietario de los bienes fideicomitidos y el usufructuario es titular de un “ius in re aliena” es clara sólo “prima facie”. El fiduciario es, ciertamente, un propietario, pero un propietario no libre al estar gravado de restitución. De otro modo, el usufructuario con facultad de disponer es algo más que un simple usufructuario. [...] Contempladas así las cosas, ambas figuras se aproximan hasta acaso confundirse»<sup>56</sup>. También JORDANO BAREA cree que el supuesto integra, en realidad, una modalidad típica de sustitución fideicomisaria, porque el heredero a quien eventualmente pase la plena propiedad de la herencia a la muerte de la usufructuaria, está privado de facultades inseparables del derecho de propiedad (facultad dispositiva y «facultad de apropiación»)»<sup>57</sup>. Para BELTRÁN DE HEREDIA, el usufructo se caracteriza por la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa. En el usufructo con facultad de disponer, se aprecia una facultad que no es de esencia al concepto y naturaleza del mismo, que no puede

54. LACRUZ: *Derecho de Sucesiones. Parte general*. Barcelona, 1961, pg. 70.

55. FERNÁNDEZ COSTALES, pg. 109.

56. Díez-Pícazo: «Disposición por separado del usufructo y de la propiedad: Usufructo con facultad de disponer y legado de residuo: Fallecimiento de los nudo propietarios y transmisión de su derecho. Sentencia 17 mayo 1962», en *Estudios de Jurisprudencia civil III*. Madrid, 1976, pgs. 438-440.

57. Sin que pueda explicarse la eventual facultad de disponer de la usufructuaria «diciendo que se trata de un usufructo con facultad extraordinaria de disposición». Alude así el autor a la tesis de BELTRÁN DE HEREDIA (usufructo + «ius disponendi»), para quien siempre que al usufructuario se conceda algún derecho de disponer, aunque sólo sea condicionalmente, no se constituirá usufructo únicamente, sino también otro derecho real distinto sobre cosa ajena, sustanciado en el «ius disponendi», en virtud del principio del «numerus apertus» que nuestro ordenamiento admite en la constitución de los derechos reales, porque el usufructo con facultad de disponer lleva aparejado que, cuando se ejercita el «ius disponendi o distrahendi», los bienes enajenados queden subrogados por su importe o valor, pasando éste a constituir el objeto del usufructo (la facultad dispositiva es, así, en puridad, un poder de transformación de las cosas usufructuadas).

comprenderse en una simple alteración de la cosa cuando ésta puede llegar a desaparecer, y que no puede encuadrarse dentro del régimen de las cosas consumibles, en las que siempre existe la obligación de devolver el avalúo. Por eso, dice el autor, tanto el TS como la DGRN han establecido que se trata de una facultad excepcional, que es preciso mencionar expresamente. Con esta premisa, examina el autor los motivos que se persiguen con la figura. Por ejemplo, trae a colación las Sentencias de 10 julio 1903 y 14 abril 1905, en las que el concepto de necesidad es tan amplio que significa en realidad que la necesidad no puede ser atacada con la prueba de su ausencia, lo que a su juicio conlleva y demuestra que es la voluntad del testador la que está dominando de tal modo la relación que constituye no sólo un usufructo, sino que concede también aquellas facultades excepcionales. En realidad, concluye el autor, se constituye entonces «no un derecho de usufructo, sino un derecho real distinto en virtud del principio de “numerus apertus”, que nuestra legislación admite en la constitución de los derechos reales». Sobre todo insiste el autor en su tesis «cuando puede llegar a enajenar todas las cosas», ... la Sentencia de 1 octubre de 1919 llega a decir que entonces se extingue el usufructo, luego se ve claramente que no es un verdadero usufructo, pues aquella causa no figura entre las de extinción del artículo 513, a pesar de que la sentencia lo considera como una causa extintiva no mencionada en éste. Pero en realidad lo que ha ocurrido es que no ha llegado a existir usufructo. BELTRÁN DE HEREDIA, pgs. 297 y 298, porque la usufructuaria, «en caso de necesidad o enfermedad, puede enajenar “apropiándose de todo el valor del mismo testador”, es decir, que el importe de lo enajenado no queda sometido a usufructo, sino que corresponde a la usufructuaria en pleno dominio, al poder hacerlo suyo»<sup>58</sup>. A favor de considerarlo como un verdadero derecho de propiedad se manifiestan también FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO<sup>59</sup>, y CARRASCO<sup>60</sup>; para COSSÍO, la figura «sólo de manera impropia pueden ser calificada de usufructo»<sup>61</sup>, pues la posición del nudo propietario ha quedado tan debilitada que se borran prácticamente todos los caracteres de una relación normal de usufructo. Para LÓPEZ LÓPEZ<sup>62</sup>, «en el fondo, es más bien (aunque ello no resulte del todo exacto) una forma especial de propiedad».

El usufructo con facultad de disponer tiene un origen consuetudinario. Como pone de relieve Rossi<sup>63</sup>, el fraccionamiento político e institucional que se conoce en Europa durante el Alto Medioevo impide hacer una globalización del fenómeno, aunque sí puede afirmarse el reconocimiento de una constante adopción de la figura, fundada en la posibilidad de distinguir entre gestión en sentido amplio del bien, dirigida a recabar todas las utilidades económicas y facultad de disposición en sentido estricto, mediante la enajenación o el cambio de su destino económico, conectando estos dos modos de entrar en contacto con la cosa a dos personas diferentes, titulares de poderes autónomos y, en cierto modo, condenados a convivir, condicionándose recíprocamente. El instituto se confirma por su constante empleo en la práctica, sobre todo en dos campos privilegiados: el legado de usufructo a favor de la mujer para el caso de supervivencia al marido y la donación con reserva del usufructo.

Pero la verdadera innovación altomedieval se refiere a una cuestión de fondo que va más allá de la simple reproducción de las fórmulas romanas: se trata, señala Rossi<sup>64</sup>, de la tendencia general a atribuir poderes más vastos al usufructuario, hasta reconocérsele facultades dispositivas sobre el bien, incluso ilimitadas en extensión y profundidad, de tal modo que hacen inciertas y poco más que nominales la diferenciación con el titular de una situación subjetiva de tipo propietario. Se produce así una contaminación de planos por la vía de la práctica que vacía de significado técnico el «nomen iuris» empleado para el usufructuario<sup>65</sup>. Precisamente el legado mencionado no se distingue en sus caracteres típicos del romano, pero se cualifica pronto, por la vía de la práctica consuetudinaria, por la atribución a la beneficiada de un

58. JORDANO BAREA: «Un caso práctico sobre interpretación testamentaria», en *Interpretación del testamento*. Barcelona, 1958, pgs. 125 y ss., especialmente, pgs. 135-137.

59. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: «“Salva rerum substantia” en el usufructo propio», art. cit., pg. 109.

60. CARRASCO: «Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación (Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 1987)», *PJ*- 7, 1987, pgs. 127-133. Para el autor, a inexistencia de la obligación de restituir, que es sin embargo consustancial en un usufructo ordinario, conlleva que puedan aplicarse a la figura los argumentos del fideicomiso de residuo, siempre que la facultad de vender concedida al usufructuario lo sea para caso de necesidad que no necesita probar, tal como quedó examinado al estudiar el alcance de la dispensa del principio «salva rei substantia».

61. COSSÍO: «La nuda propiedad», *ADC*, 1956, pgs. 739-770.

62. LÓPEZ LÓPEZ: «La atribución de los bienes», en CAPILLA, LÓPEZ LÓPEZ, REVUELTA y VALPUESTA: *Introducción al Derecho Patrimonial Privado*. Valencia, 1998, pgs. 161-162.

63. ROSSI: «Duplex est usufructus». *Ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto comune I. Dai Glossatori a Bartolo*. Padova, 1996, pgs. 18-19.

64. ROSSI: ob. cit., pg. 22.

65. ROSSI, pg. 28.

conjunto de poderes más complejos e incisivos que los correspondientes al usufructuario según la disciplina romana, llegando a considerar a la mujer como la verdadera continuadora de la personalidad del disponente, al reconocérsele tal amplitud en su derecho real que se puede decir, fundadamente, según el autor, que la separación entre propiedad y usufructo se reduce a una pura cuestión terminológica, al menos desde el punto de vista de los hechos<sup>66</sup>. En este sentido, el instituto se percibe como un «quasi dominio» en el Altomedioevo, en el que la posición del propietario se sustituye casi completamente por el usufructuario, quien tiene de hecho y de derecho la disponibilidad de la cosa.

En la actualidad, se distingue por la Jurisprudencia de la figura del usufructo facultado para disponer del fideicomiso de residuo insistiendo en la naturaleza de derecho real en cosa ajena de aquél. Se dirá así que en el fideicomiso de residuo hay un único dueño de la herencia desde que fallece el causante, el fiduciario, y que el llamamiento hecho al fideicomisario no es coetáneo con el del primer llamado, ni tampoco puro, sino condicionado a que al fallecimiento de éste exista residuo que transmitir, de manera que la apertura de la sucesión para el fideicomisario sólo se produce al fallecimiento del fiduciario sin que antes tenga derecho alguno sobre el caudal hereditario, adquiriendo únicamente el derecho a recibir la herencia en el futuro. En consecuencia, el fideicomisario no tiene derecho a intervenir en las operaciones de partición de la herencia; en el caso de que premuera al cumplimiento de la condición, nada transmite a los suyos por aplicarse el régimen del artículo 759 CC; finalmente, si es el fiduciario quien premuere al causante, éste no entra en la herencia como sustituto vulgar.

De calificarse, en cambio, el supuesto como un usufructuario facultado para disponer, el llamamiento de los nudo propietarios se adquiere coetáneamente con el del usufructuario, teniendo derecho sobre los bienes relictos desde la muerte del testador una vez aceptada la herencia (cfr. Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 5 octubre de 1993 [AC 1993, 2170]); en consecuencia, tienen derecho a intervenir y ser citados en las operaciones de partición y liquidación de la herencia; la premoriencia del nudo propietario hace que se transmita a los suyos el «ius delationis» que a él le correspondía, por aplicación del artículo 799 CC; finalmente, si es el usufructuario quien premuere al causante, la institución se purifica a favor del nudo propietario.

De este modo, con frecuencia la cuestión práctica se centra en estos términos: el segundo llamado (en términos materiales) suele pretender su calificación como nudo propietario tanto para justificar que los derechos sucesorios los adquirió a la muerte del testador (doctrina jurisprudencial del doble llamamiento conjunto al usufructuario y propietario), como para entenderse incluido entre los facultados para asistir a la partición. Por supuesto, el primer llamado pretende por las razones inversas la calificación del fideicomiso de residuo<sup>67</sup>.

Es evidente que la doctrina de la doble concurrencia del llamamiento, usufructuario facultado para disponer y nudo propietario, parte de la premisa de configurar el derecho de aquél como un derecho real limitado en cosa ajena, distinto de una transmisión de propiedad, y ello aunque se le añada la facultad de disponer. Aplicando esta idea, se afirmará que el nudo propietario adquiere su derecho a la herencia desde la muerte del testador, coetáneamente con el del usufructuario, de tal modo que el testador hace un llamamiento universal que fracciona en un usufructo y en una nuda propiedad. En coherencia, se entenderá mayoritariamente, que la muerte del nudo propietario consolida el derecho pleno en favor de sus respectivos herederos, para el caso de que hubiera fallecido antes que el usufructuario, según lo dispuesto por el artículo 799 CC. Al mismo tiempo, la premoriencia del usufructuario conlleva que la herencia se entregue al nudo propietario como propietario pleno. Por contra, el sustituto fideicomisario, aun en el fideicomiso de residuo, tiene un llamamiento que tradicionalmente viene siendo considerado como condicional y sucesivo, no simultáneo con el del heredero fiduciario.

Iremos pues desarrollando los principales puntos tal y como se configuran por la Jurisprudencia.

### 3. La determinación del momento en que nudo propietario y fideicomisario de residuo adquieren derecho a la herencia.

Uno de los principales problemas que plantea los llamamientos sucesivos es el relativo a la determina-

66. «Le «chartae» private altomedievali attestano il requente riconoscimento alla donna del potere di alienare i beni legati, ove ritenga tale operazione economicamente vantaggiosa, ovvero al fine di finanziare una qualche opera pia, in aperto e stridente contrasto con i limiti tassativi posti dalla disciplina romana circa gli atti dispositivi dei beni oggetto dell'usufrutto». Rossi: ob. cit., pg. 32.

67. El texto es de CARRASCO: art. cit., pg. 129.

ción del momento en que el segundo llamado adquiere su derecho a la herencia. Tradicionalmente se viene sosteniendo que el sustituto fideicomisario adquiere su derecho en el momento de la muerte del fiduciario. La tesis parte o arranca de un presupuesto básico, la consideración de ese llamamiento como sometido a la condición del fallecimiento del fiduciario, dando a ese evento el carácter técnico de una «conditio». La consecuencia es que la premoriencia del fideicomisario antes de la llegada de ese evento impide que pueda adquirir derecho alguno a la sucesión, aunque sobreviva al testador, porque, como es sabido, en los llamamientos sometidos a condición, el heredero condicionado debe ostentar la capacidad para suceder en el momento del cumplimiento de la misma. En coherencia, se razonará que al no existir, nada ha podido adquirir ni transmitir a los suyos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 759 CC.

Frente a esta postura tradicional, se ha puesto hoy ya de relieve el error en que se sustenta, pues el llamamiento en concepto de fideicomisario no implica de por sí que sea condicional. La tesis del llamamiento puro en el fideicomiso de residuo ha sido profundamente estudiada por DÍAZ ALABART<sup>68</sup>. Se trata, según pone de relieve la autora de un llamamiento puro, porque el fallecimiento del fiduciario viene exigido por la propia definición de la figura, que constituye precisamente algo intrínseco a la misma, por lo que no es una condición en sentido técnico, como elemento exterior, añadido al negocio por voluntad del testador, sin perjuicio de que el testador haya querido el fallecimiento del fiduciario o cualquier otro evento como condición. La consecuencia, entonces, es que el fideicomisario adquiere su derecho a la sucesión desde la muerte del testador, y lo transmite a sus propios herederos, en el caso de que fallezca después del testador, pero antes de la delación efectiva a su favor, de acuerdo con los artículos 799 y 784 CC.

Respecto al nudo propietario, generalmente se señala que su llamamiento es coetáneo al hecho al usufructuario, de tal modo que el testador hace un llamamiento universal que fracciona en un usufructo y en una nuda propiedad, y que el nudo propietario ostenta su derecho a la herencia desde la muerte del causante. Su llamamiento es puro por sí mismo, sin perjuicio evidentemente, de que el testador lo haya sometido a alguna condición.

En el caso resuelto por la STS 23 octubre 1925 (CL, núm. 64, pg. 254) el conflicto se presentó con virulencia, porque el nudo propietario nombrado no pertenecía a la familia consanguínea del testador, siendo clara la intención de excluir a ésta de cualquier llamamiento, testamentario o abintestato. Pero la premoriencia de la esposa usufructuaria será el detonante del conflicto, al pretender los demandantes incautarse de los bienes como herederos legítimos, pretendiendo haber sido hecho el llamamiento a la esposa no como usufructuaria, sino como propietaria. De esta premisa, en lógica coherencia con su discurso, pretenden implícitamente que el derecho del segundo llamado lo fue como fideicomisario, condicionado a la muerte del fiduciario. Y que por ello, la premoriencia de éste no lleva implícita la sustitución vulgar. En Primera Instancia se desestima la demanda, que es confirmada en apelación. El TS no da lugar al recurso. En concreto, en el caso de esta sentencia, se da a la heredera usufructuaria vitalicia con facultad de enajenar el tratamiento de un usufructo ordinario y se afirma que el nudo propietario adquiere su derecho a la herencia desde la muerte del testador. El conflicto en este caso se presentó con virulencia porque el nudo propietario nombrado por el testador no pertenecía a su familia consanguínea, sino a la de su consorte. La muerte de la usufructuaria antes que el testador será el motivo para que los parientes consanguíneos pretendan tener derecho a suceder como parientes «abintestato», fundándose para ello en el carácter condicional del llamamiento hecho al nudo propietario.

Literalmente, la cláusula del testamento otorgado que interesa expresa lo siguiente: «Instituye por única y universal heredera usufructuaria vitaliciamente relevándola de fianza, en todos los bienes, derechos y acciones que queden a la hora de su fallecimiento a su citada esposa, con obligación de pagar gastos de entierro y funeral. Faculta a la usufructuaria para enajenar todos los expresados bienes, derechos y acciones. 4ª Instituye por único y universal heredero en propiedad de todos los bienes, derechos y acciones del

68. La Sentencia que se comenta acepta la tesis, demostrada por DÍAZ ALABART de que la sustitución de residuo no supone un llamamiento o institución de heredero bajo condición, en el sentido estricto del término, siendo cierto el derecho del sustituto desde la muerte del testador, pues lo único incierto es la cuantía de lo que se ha de heredar, como ya dijo en su día ROCA SASTRE, al no ser su cualidad de sustituto lo condicionado, sino el «quantum» de los bienes que debe percibir, como habrá ocasión de ver con más detenimiento en el epígrafe siguiente de este trabajo. «Por tanto, salvo que sea otra la voluntad del causante, tendrá aplicación el art. 784 y el fideicomisario recibirá su expectativa, consolidada y transmisible, al abrise la presucesión». DÍAZ ALABART: *El fideicomiso de residuo, su condicionalidad y límites*. Barcelona, 1981. El derecho del fideicomisario es puro desde el momento de la muerte del causante, y lo transmite a los suyos aunque muera antes que el fiduciario. Con todo subsiste la duda de si el fideicomisario es también heredero *actual* a los efectos de tener que intervenir en la partición. RIVERO HERNÁNDEZ: ob. cit., pg. 311.

otorgante, que queden a la defunción de su esposa, al cuñado. Designa por sustituto de éste a la repetida esposa del testador». La esposa premuere al testador y una vez fallecido éste, sus hermanos demandantes proceden a incautarse de los bienes, pretendiendo ser los herederos legítimos del causante. Mientras tanto, el heredero nombrado realiza una serie de enajenaciones de bienes de la herencia por su avanzada edad y faltas de energías necesarias.

La parte recurrente se basa en que la institución de heredero a favor del cuñado no es pura sino condicional, siendo la condición suspensiva que la esposa sobreviviera al testador sin haber hecho uso de la facultad de enajenar, por lo que al no haberse cumplido, la institución es nula, con la consiguiente apertura de la sucesión legítima, «ex» artículo 912 CC, pues el nombrado heredero por el testador no ha podido adquirir ningún derecho a la herencia desde el momento en que estaba condicionado al cumplimiento de un evento que no se ha producido.

Otra es la interpretación que hace el Tribunal. Entiende la cláusula testamentaria como un llamamiento puro, no condicional, «... don Manuel era heredero de todos los bienes del testador, con la sola limitación del derecho de usufructo de su mujer y la facultad de enajenar de ésta», «sin que tenga carácter de condición alguna la palabra de que el don Manuel fuese heredero de los bienes, derechos y acciones que quedaran a la defunción de su esposa, porque la facultad de enajenar es una excepción, que no tiene relevancia para alterar la naturaleza del usufructo, admitida después de la edición oficial reformada del Código Civil». Por tanto, no se lo ve como un fideicomiso de residuo, sino como una institución en propiedad hecha ya al cuñado del testador, únicamente limitada por la atribución del usufructo con facultad de disponer a la esposa del testador. «... porque si bien el usufructo tenía, antes de la edición oficial reformada del Código Civil, la naturaleza de conservar las cosas en su forma y sustancia, hoy, por lo dispuesto en el artículo 467, se admite la excepción cuando otra cosa autorice el título de su constitución o la ley».

Pero si se ofrecieran dudas por haber fallecido la mujer del testador antes que éste, habrá que aplicar la interpretación lógica y sistemática, y de ella se deduce que el testador manifestó su deseo de que sus bienes, derechos y acciones no saliesen del patrimonio de su mujer y de su cuñado; por eso a la mujer le dejaba el usufructo vitalicio, con la facultad de enajenar, y a su cuñado, el derecho de nuda propiedad, pero nombrando igualmente a la mujer sustituta de su hermano. Todo ello para que no hubiese lugar a la sucesión intestada y a los llamamientos familiares. Llega a la conclusión de que la interpretación compete al Tribunal de instancia, que además, tuvo en cuenta los actos anteriores al testamento (enemistad entre la familia) y los posteriores (no modificación del testamento), concluye que no hubo error de interpretación al reconocer el Juzgador de instancia el derecho del nudo propietario a la propiedad plena de los bienes desde la muerte del testador.

Recientemente, la SAP de Asturias de 5 de octubre de 1993 (AC 1993, 2170) afirma que en el fideicomiso de residuo hay un único dueño de la herencia desde que fallece el causante, el fiduciario, y que la apertura de la sucesión para el fideicomisario sólo se produce al fallecimiento de aquél sin que antes tenga derecho alguno sobre el caudal hereditario adquiriendo únicamente el derecho a recibir la herencia en el futuro, mientras que el nudo propietario adquiere este derecho sobre los bienes relictos desde el fallecimiento del testador, una vez aceptada la herencia.

En el supuesto de la (STS 29 octubre 1904 [JC/1904, núm. 42/1904, pg. 263]), la expresión «ad usufructum» con facultad dispositiva en caso de necesidad que no debería probarse es estimada como fideicomiso de residuo, para aplicarle el artículo 759, subordinando el llamamiento de los llamados en segundo lugar (nudo propietarios o fideicomisarios) a la condición de que el usufructuario facultado para disponer no enajenase los bienes del mismo. Interpreta el TS que ello supone una condición, ocasionante de que el derecho de aquéllos no nazca hasta que se realice dicho evento. En esta ocasión, la cláusula sexta del testamento del causante dispone: «Atendiendo al estado en que, caso de su fallecimiento, queda su esposa J. F., la lega, manda y mejora en el tercio de todos sus bienes, derechos y acciones, para que la disfrute durante los días de su vida, y a su defunción revertirán a sus legítimos herederos o quien legalmente deban heredar, quedando facultada la J. F. para que en caso de necesidad lo enajene a quien tenga por conveniente, sin necesidad de justificar aquélla ante autoridad ni persona alguna, puesto que la conservación de bienes de esta mejora los deja a su libre conciencia, y sólo en el caso de que a su defunción existiesen algunos de dichos bienes será cuando pasarán los existentes a sus herederos o quien deban heredarles». En la cláusula 9ª añade que «en atención a no tener descendientes, nombra e instituye heredera a su madre M.».

La madre (nuda propietaria) premuere a la esposa usufructuaria, con lo debiera aplicarse el artículo

799 CC en el sentido de pasar a los suyos el «ius delationis» que le correspondía. De este modo, fallecida la nuda propietaria bajo testamento en el que reconocía como heredero a un hijo natural, éste promueve ante el Juzgado de Primera Instancia expediente para que se le adjudiquen los bienes del legado y se tomen las medidas oportunas para la conservación y custodia del caudal hereditario como heredero de su madre y ésta a su vez de la esposa legataria, requiriendo a un pariente del causante (sobrino) para que se abstuviese de ejercer actos sobre tales bienes a no justificar el legítimo derecho de dicha posesión.

Con estos antecedentes, el hijo ejercita la acción de petición de herencia, suplicando que se declarase a su madre heredera de los bienes legados por el testador a su mujer y de que ésta no hubiera dispuesto en uso de la facultad conferida. Se opone el demandado por cuanto el llamamiento hecho por el testador a favor de su esposa concediéndole facultades para disponer está hecho en propiedad, como fiduciaria de residuo, y siendo así, el segundo llamado debe sobrevivir al fiduciario para poder adquirir los bienes del residuo, al ser su llamamiento condicional, «ex» artículo 759 CC. No siendo así, el fideicomiso se purifica y son los herederos del fiduciario los que tienen derecho a su herencia.

En primera instancia se desestima la demanda. Apelada la sentencia por el demandante, la Audiencia confirmó la del Juzgado. El TS no da lugar al recurso interpuesto, considerando «especialmente que el párrafo del testamento que expresa que sólo en el caso de que a su defunción existiesen algunos de dichos bienes será cuando pasarán los existentes a sus herederos o quien deban heredarles, demuestra claramente la voluntad del testador de subordinar la determinación del legatario o legatarios de los referidos bienes a la época en que ocurriera el fallecimiento de su esposa, doña F., y se realizara el acontecimiento de quedar bienes por no haber ésta dispuesto de ellos, estableciendo por tal modo un legado, desde cierto día, a favor de las personas que entonces y sólo entonces tuvieran la cualidad de ser herederos legítimos, forma de legar que autorizaba la Ley 31, Tít. 9º de la Partida 6ª, y que admite el artículo 805 CC».

Por tanto, «hallándose subordinada por voluntad del testador la existencia del legado a favor de sus herederos legítimos a la condición de que su esposa no enajenara los bienes en que el mismo había de consistir, no podía nacer el derecho de aquéllos hasta que se realizara dicho acontecimiento, y por este motivo no le adquirió, ni por ello pudo transmitirlo a su hijo natural doña M., que falleció con anterioridad a la fecha en que la condición quedó cumplida, o sea en el día de la muerte de la primera legataria doña F., que tuvo lugar mucho tiempo después». Se aplica en definitiva el 759, y no el 799 CC como pretende el recurrente.

Que en el usufructo con facultad de disponer la prelación del nudo propietario al usufructuario no le impide transmitir a los suyos el derecho que le correspondía es algo que está asentado en la Jurisprudencia (cfr. por ejemplo, STS 30 marzo 1955 [JC, núm. 52/1955, pg. 515]). El caso es curioso, en cuanto minoritario; a pesar de estar calificado según el testamento como usufructo con facultad de disponer se emplea la terminología de fideicomiso de residuo, si bien para concluir en este caso que la no condicionalidad del primero es igualmente predicable del segundo. La conclusión es que ambos son llamamientos puros, no condicionales, razón por la que la prelación del fideicomisario no impide adquirir y transmitir a los suyos el derecho que le correspondía, al no ser aplicable el artículo 759 CC. Postura que se considera la correcta.

Lo normal, tal como venimos diciendo, es agudizar la diferencia de trato entre las dos figuras sobre la base de los artículos 759 y 799 CC. Un nuevo ejemplo lo proporciona la STS 17 mayo 1962 (RJ 2248; Col.Leg. núm. 455)<sup>69</sup>. El testador falleció con testamento abierto en el que dispuso el usufructo vitalicio de sus bienes en favor de su esposa, «con facultad para vender bienes si los necesita para su decorosa subsistencia, que a ella sólo corresponde apreciar», e instituyó herederos nudopropietarios por partes iguales a sus tres hermanos, o a los descendientes legítimos de cada uno de ellos en su respectiva sustitución, en los cuales se consolidará el dominio de los bienes a la muerte de la usufructuaria, y si ésta premuriere al testador serían herederos en pleno dominio los tres precitados hermanos. Al fallecimiento de la usufructuaria, habían muerto dos de los citados hermanos, adjudicándose todos los bienes de la herencia el restante, interponiéndole demanda los respectivos herederos de los fallecidos. En Primera Instancia se estima en todas sus partes la demanda, declarando que los tres hermanos heredaron en nuda propiedad y por terceras partes los bienes del testador y que la adjudicación de todos los bienes de la herencia a éste era nula por corresponderle solamente un tercio de los mismos, estando obligado a restituir los bienes recibidos en

69. Comentada por Díez-Picazo: «Disposición por separado del usufructo y de la propiedad: Usufructo con facultad de disponer y legado de residuo: Fallecimiento de los nudo propietarios y transmisión de sus derechos. S. 17 de mayo de 1962».

exceso, siendo nulos todos los documentos que a su favor se hubiesen otorgado, y debiendo cancelarse la inscripción a su favor practicada en el Registro de la Propiedad. La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso.

Según el demandado, el llamamiento hecho a su favor y de sus dos hermanos estaba sometido a la condición suspensiva de sobrevivir al usufructuario, de modo que la premoriencia de aquéllos les impide adquirir derecho alguno ni transmitirlo a los suyos, «ex» artículo 759, que considera infringido por el fallo recurrido. Pretende pues, que se declare la existencia de un fideicomiso de residuo. Para el Tribunal, en cambio, el supuesto contiene un llamamiento que se adquiere desde luego, a la muerte del causante, cuya efectividad se halla aplazada pero no condicionada a la muerte del usufructuario, y ese derecho se conserva y transmite en todo su vigor a los respectivos herederos aunque premuera el nudo propietario al usufructuario y su definitivo derecho se perfecciona y consume con el fallecimiento del «de cuius», sin que venga afectado por ninguna condición, ni siquiera una condición intrínseca al propio negocio. Para ello se basa en las palabras usadas por el testador, que reiteradamente emplea los términos de usufructuario y de nudo propietario, sin entrar en el examen de si esconden un supuesto de fideicomiso de residuo, evitándose con ello mayores problemas. Sigue la tesis tradicional, frente a la tesis del recurrente, y sostiene que «... *el nudo propietario adquiere desde luego un derecho sobre los bienes hereditarios cuya efectividad se halla aplazada pero no condicionada a la muerte del usufructuario, y ese derecho nacido e incorporado al patrimonio del heredero nudo-propietario se conserva y transmite en todo su vigor a sus respectivos herederos aunque premuriera el nudo propietario al usufructuario y su definitivo derecho se perfecciona y consume con el fallecimiento del «de cuius», sin que venga afectado por ninguna condición...*». Existe un derecho real en cosa ajena al que se ha añadido una facultad para disponer que no altera su naturaleza. Lógicamente el TS opina que es ésa la interpretación correcta del negocio testamentario, y que de haber sido otra la voluntad del testador, la debería haber desenvuelto en otros términos.

Para DÍEZ PICAZO «el centro de gravedad de esta S. de 17 de mayo de 1962 es puramente nominalista. La solución a la que se llega es, no cabe duda, justa. Tal vez se encuentre condicionada por la necesidad de no romper de lleno con la jurisprudencia anterior, pero su doctrina no puede ni debe ser generalizada<sup>70</sup>. La diferencia de trato jurídico entre ambas figuras, respecto a que al fideicomiso de residuo se aplica el 759 y al usufructo con facultad de disponer el 799 “no está justificada”. No sólo porque por este camino se deriva hacia un puro nominalismo, en contra de la misma jurisprudencia, que en muchos casos en que ha encontrado un fideicomiso de residuo, el primer llamado a los bienes había recibido en el testamento el título de usufructuario, sino porque “además, la diferencia teórica –el fiduciario es un propietario de los bienes fideicomitados y el usufructuario es titular de un ‘ius in re aliena’– es clara sólo ‘prima facie’. Porque el fiduciario es, ciertamente, un propietario, pero un propietario, como el propio ROCA señala, no libre al estar gravado de restitución. De otro modo, es algo menos que un verdadero propietario. Por otra parte, el usufructuario con facultad de disponer es algo más que un simple usufructuario. Contempladas así las cosas, ambas figuras se aproximan hasta acaso confundirse”».

Puramente nominalista porque el testador dispuso el usufructo vitalicio de sus bienes en favor de su esposa, e instituyó herederos nudo-propietarios, en los cuales se consolidará el dominio de los bienes a la muerte de la usufructuaria, términos éstos a los que se agarra el Tribunal para interpretar a favor de la existencia de un derecho real en cosa ajena, al que se ha añadido una facultad para disponer, que no altera ni modifica su naturaleza. Interpretación casi puramente literal que no recoge adecuadamente todos los matices de la figura, máxime cuando en el caso concreto, se le concede a la viuda la facultad para vender los bienes si los necesita para su decorosa subsistencia, que a ella sólo corresponde apreciar, fórmula de libertad en el ejercicio de la facultad dispositiva que hacen pensar en una alteración importante de la naturaleza del derecho concedido, asimilando la figura a la propiedad. Lo que en el fondo lo demuestra el propio Tribunal, que tiene en la mente la figura del fideicomiso de residuo, y que parece encontrarse «obligado» a diferenciar los supuestos, al afirmar que los términos de la disposición testamentaria demuestran que el testador estaba pensando en un llamamiento distinto del fideicomiso de residuo.

De manera que la institución en nuda propiedad existe desde el momento del fallecimiento del «de cuius», aun con la carga de que se haya atribuido a otra persona el usufructo con facultad de disponer, quien no es por tanto un propietario, sino un simple usufructuario. Interesa pues la sentencia, porque concreta el momento de la adquisición del derecho del nudo propietario al día del fallecimiento del testador,

70. DÍEZ-PICAZO: «Disposición por separado del usufructo y de la propiedad: Usufructo con facultad de disponer y legado de residuo: Fallecimiento de los nudo propietarios y transmisión de su derecho. S. 17 de mayo de 1962», en *Estudios sobre Jurisprudencia civil III*. Madrid, 1976, pgs. 438-440.

a los efectos de transmitir a los suyos el derecho que a aquél correspondía –art. 799 CC– y porque además, le otorga la condición de heredero actual, a los de intervenir en las operaciones de inventario y liquidación de la herencia: El llamamiento en concepto de nudo propietario «*constituye una verdadera y propia institución de heredero aunque se encuentre restringida a la nuda propiedad y que separadamente se haya atribuido el usufructo a otra persona, imponiendo una carga temporal que no fracciona la universalidad del llamamiento*».

Razonamiento que es la base para resolver que los herederos del nudo propietario, fallecido antes que el usufructuario, al no estar sometido su llamamiento a una condición suspensiva, adquieren el «ius delationis» de éste, sin que pueda alegarse la infracción del artículo 759 CC «... *el nudo propietario adquiere desde luego un derecho sobre los bienes hereditarios cuya efectividad se halla aplazada pero no condicionada a la muerte del usufructuario, y ese derecho nacido e incorporado al patrimonio del nudo propietario se conserva y transmite en todo su vigor a sus respectivos herederos aunque premuriera el nudo propietario al usufructuario...*».

Rotundamente tradicional también es la STS 9 octubre 1986 (JC, núm. 569/1986, pg. 195), que persiste en la idea de que en el usufructo con facultad de disponer el titular tiene un «ius in re aliena», mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes limitado por la prohibición de disponer «mortis causa», y que el llamamiento del fideicomisario es condicional.

Al respecto interesa destacar que el demandado en su escrito de contestación a la demanda pretende la adjudicación de los bienes que se le hizo en la partición en plena propiedad, como fiduciario de residuo, aunque formalmente se hizo en concepto de usufructo, porque el testador le concedió la facultad de disponer por actos «inter vivos» y «mortis causa», si lo necesitase, bastando con alegar esta necesidad, pero no requiriendo de prueba ni justificación alguna. El TS aunque desestima el recurso, dándole la razón al en su día demandado, lo hace por no haber probado los actores recurrentes la inexistencia de la situación de necesidad. Pero se muestra en desacuerdo respecto a la naturaleza jurídica pretendida por el demandado, al afirmar que «*la posibilidad de conceder al usufructuario la facultad de disponer, permitida por el artículo 467 que en relación con el 470 autoriza la derogación voluntaria de la característica obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada, asimila ciertamente la institución al fideicomiso de residuo, si bien la doctrina de esta Sala (a la que sigue la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de febrero de 1950) ha puntualizado que no cabe identificar ambas figuras, porque en el usufructo con facultad de disposición el titular tiene un “ius in re aliena”, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes limitado por la prohibición de disponer “mortis causa”...*».

El Tribunal insiste en su razonamiento diferenciador apoyándose en el ya clásico, y por otra parte criticado, argumento de que el llamamiento del fideicomisario es condicional, amén de sucesivo, mientras que el del nudo propietario es puro y simultáneo al del usufructuario, si bien aplazado, pero no condicionado a la muerte de éste. Literalmente afirma: «... *además, porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad no hace un doble llamamiento directo o indirecto respecto del mismo bien, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio, de suerte que en el llamamiento concurren las dos liberalidades que operan independientemente sin orden ni relación sucesiva, por lo que los nudo propietarios adquieren desde luego un derecho a los bienes cuya efectividad se haya aplazada pero no condicionada a la muerte del usufructuario*», para llegar a la conclusión de «*la esencial posición del usufructuario no se desnaturaliza por la cláusula que le atribuye la facultad de enajenar en caso de necesidad, yuxtaponiendo al derecho de usufructo tal poder dispositivo*».

Minoritaria, según decíamos, aunque acertada es la postura que entiende ambas figuras como llamamientos puros. Citábamos la STS 30 marzo 1955 (JC, núm. 52/1955, pg. 515). Los cónyuges otorgan testamento mancomunado recíproco, nombrándose herederos universales usufructuarios de todos sus bienes, con facultad de disponer libremente de todos ellos, sin trabas ni restricción de ninguna clase, siempre que lo necesite. Al tiempo se nombraba como herederos a los sobrinos para el supuesto de que a la muerte del sobreviviente existan bienes. Fallecido en primer lugar el esposo, los nombrados sustitutos premurieron a la esposa, razón por la que se solicita la apertura de la sucesión legal por los herederos del esposo. Se opone a ello un heredero de los sustitutos por entender que la premoriencia no impidió transmitirles su respectivo derecho a los bienes.

El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia confirma. El TS desestima el recurso de casación. El recurso se interpone por un motivo único: Infracción del artículo 759 CC, alegando que estaba acreditado documentalmente que los herederos instituidos y sus hijos premurieron antes de que la condición señalada en la cláusula 14 se cumpliera, estándose en el caso de diferir la herencia a sus parientes legítimos, sin

que sea aplicable el derecho de representación. El Tribunal, en cambio, considera que «cualquiera que sea la estimación que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula testamentaria de residuo, tan discutida por los tratadistas, que no se ha llegado a una conclusión definida respecto a si le son aplicables las normas de la institución pura, las de la condicional, las de a plazo o las modales, hasta el punto de que más bien debe atenderse a la voluntad del testador expresada en el testamento para deducir si en el fideicomiso se ha querido fijar un plazo o más bien se quiso establecer una condicionalidad, carácter condicional a que se inclina la doctrina de esta Sala, pero es lo cierto que en todo caso la condición está referida únicamente a que a la muerte del fiduciario queden bienes por no haber dispuesto de nada o sólo de parte de ellos, pues en otro supuesto el acto jurídico de la sucesión no se habría producido por la inexistencia de “residuo”, quedando reducida la institución a una simple expectativa, y esto demuestra que la condición es consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomiso de residuo y no puede serle aplicable el artículo 759 del Código Civil, que se refiere a la institución de heredero o legatario afectado por una condición extrínseca a tal institución y como la define el artículo 1111 del mismo cuerpo legal, precepto aquel que es una aplicación concreta del principio que sienta con carácter general el artículo 1111 y siendo éste el único motivo y fundamento del recurso debe ser desestimado».

La Sentencia que se comenta acepta la tesis, demostrada por DÍAZ ALABART<sup>71</sup> de que la sustitución de residuo no supone un llamamiento o institución de heredero bajo condición, en el sentido estricto del término, siendo cierto el derecho del sustituto desde la muerte del testador, pues lo único incierto es la cuantía de lo que se ha de heredar, como ya dijo en su día ROCA SASTRE, al no ser la cualidad de sustituto lo condicionado, sino el «quantum» de los bienes que debe percibir. «Por tanto, salvo que sea otra la voluntad del causante, tendrá aplicación el artículo 784 y el fideicomisario recibirá su expectativa, consolidada y transmisible, al abrirse la presunción»<sup>72</sup>. El derecho del fideicomisario es puro desde el momento de la muerte del causante, y lo transmite a los suyos aunque muera antes que el fiduciario. Acogiendo esta interpretación no cabe duda que uno de los criterios diferenciadores de ambas figuras decae. Con todo subsiste la duda de si el fideicomisario de residuo es también heredero *actual* como lo es el nudo propietario a los efectos de tener que intervenir en la partición.

#### 4. El problema de quiénes han de intervenir en la partición de la herencia.

Se decía con anterioridad que al tratarse de dos figuras que se solapan en cuanto a sus efectos, existe numerosa jurisprudencia que las trata conjuntamente. Aunque poco a poco la Jurisprudencia se ha asentado sobre la base de distinguir usufructo con facultad de disponer y fideicomiso de residuo, a los efectos prácticos se confunden y el propio TS los asimila en ciertos casos y para ciertos efectos<sup>73</sup>.

La cuestión que ahora interesa examinar se centra, desde el punto de vista práctico, en los siguientes términos: el segundo llamado (en términos materiales) suele pretender su calificación como nudo propietario para justificar su presencia entre los facultados para asistir a la partición, argumentando sobre la base de que su llamamiento existe desde la muerte del testador. El primer llamado pretende, por las razones inversas, la calificación de fideicomiso de residuo.

Es la doctrina sentada por el TS en Sentencia de 9 diciembre 1970 (RJ 1970, 5440). El problema planteado, «está solamente integrado por la determinación de cuál sea el carácter de las actoras recurrentes, si herederas directas o fideicomisarias de residuo, en la sucesión de la causante, con vista del testamento que otorgó, en cuya cláusula 3ª declaró heredero usufructuario vitalicio a su esposo, con facultad de disponer por actos intervivos, si lo necesitaba, sin precisión de justificarlo y herederos en la nuda propiedad de sus bienes a sus sobrinas, actoras hoy recurrentes, pues de que se estime lo primero, los actos realizados por el viudo, sin intervención de las herederas, no son eficaces en derecho y de apreciarse lo segundo tienen validez, porque las recurrentes sólo tenían una expectativa de derecho, eficaz a la muerte del fiduciario no antes de que ocurriera». Así, señala CARRASCO al comentar la sentencia, a los efectos prácticos se trata de determinar si los nudo propietarios tienen que intervenir en las operaciones de inventario y avalúo, «ex» artículo 1058 (anterior a la reforma de 1981) en relación con el 491.1º CC, con la consecuencia de que si se declara ineficaz la partición, las fincas que se han vendido como propias por el usufructuario recurrido pertenecerían al haber hereditario no dividido correctamente, y por ello, la venta se realizó sin atribución de propiedad al vendedor.

71. DÍAZ ALABART: *El fideicomiso de residuo, su condicionalidad y límites*. Barcelona, 1981.

72. RIVERO, pg. 311.

73. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ: «La sustitución fideicomisaria», en LACRUZ, SANCHO, DELGADO-RIVERO y RAMS: *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona, 1993, pg. 299.

En cláusula dispositiva del testamento la testadora disponía «de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuras, instituyendo heredero en usufructo vitalicio, relevado de prestar fianza, a su marido, con la condición de que si su citado marido tuviese necesidad de ello pudiera disponer de todos o parte de los bienes que hereda de la testadora, por actos intervivos, sin que esa necesidad tenga que justificarla ante nadie, basta sólo que él lo manifieste. De la nuda propiedad de sus bienes instituye herederos, en quienes se consolidará el pleno dominio al fallecimiento del usufructuario, por parte iguales, a sus sobrinas».

El viudo, demandado en el presente pleito, vende a terceros, codemandados, una finca, después de haberse adjudicado mediante escritura los bienes de la herencia, solicitando las sobrinas demandantes que se declare nulo y sin valor el acto de adjudicación de los bienes, en el que no han intervenido, y sin valor la venta de la finca realizada. La parte demandada se opone alegando que se trata de un fideicomiso de residuo y que por tanto las actoras sólo tienen una expectativa que sería realidad si existiesen bienes al fallecer el viudo, pero sin que las legitime para intervenir en la operación de división del caudal. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia confirma, y el Tribunal Supremo da lugar al recurso, dictando segunda sentencia por la que revoca la pronunciada por el Juez de Primera Instancia y estima la demanda.

Para el TS se trata de un usufructo con facultad de disponer, no de un fideicomiso de residuo, realizando sus diferentes naturalezas jurídicas, pues «en dicho usufructo, el titular tiene un derecho en la cosa ajena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer “mortis causa”, y además porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad, no hace un doble llamamiento, directo e indirecto respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato, las facultades integrantes del dominio». Se añade en un considerando posterior «... sin que el usufructo de disposición altere tal estado de derecho, pues aquél no altera la naturaleza del usufructo, con relación a los bienes de que no haya dispuesto».

Por ello estima el TS que en el caso concreto estuvo presente en el patrimonio de los nudo propietarios el derecho a la sucesión desde la muerte de la causante, siendo por tal herederos directos y no fideicomisarios de residuo, pues «... de la lectura de tal cláusula 3ª del testamento aparece evidenciado, que con las atribuciones al viudo y nuda propiedad a las sobrinas, que consolidarían el dominio a la muerte del usufructuario, se hicieron dos designaciones de herederos, instituyendo simultánea e inmediatamente, no de modo sucesivo, al esposo y a las sobrinas, aunque el llamamiento fuese distinto, usufructo de disposición y nuda propiedad y que tal llamamiento constituye una verdadera y propia institución de herederos, única, aunque se encuentre restringida a la nuda propiedad y que separadamente se haya atribuido el usufructo a otra persona, imponiendo una carga temporal que no fracciona la universalidad del llamamiento, en el que concurren las dos liberalidades, y por ella ambas se adquieren a la muerte de la causante independientemente, sin orden ni relación sucesiva, ...».

La STS 14 abril 1905 (JC, núm. 17/1905, pg. 101) reconoce en cambio como válido el documento otorgado por quien es sólo usufructuario con facultad de disponer, si bien no se trataba de una verdadera partición, sino de una manifestación de los bienes de la herencia a los efectos de la inscripción de su derecho en el Registro. El TS desestima el recurso interpuesto por la otra parte si bien sobre la base de considerar que dicha escritura no tenía el alcance de un contrato particional, sino de aceptación de la herencia, razón por la que puede ser otorgado válidamente por el heredero usufructuario y por consecuencia inscrito para acreditar en el Registro el derecho hereditario procedente del testamento, «ya que se trataba de la constitución del derecho real de usufructo con las condiciones antes expresadas; la Sala, estimando para este fin la validez de la escritura, y prescindiendo del valor que aquélla tuviera como partición, no desconoció con tal salvedad las disposiciones que se citan, ni contra las mismas atribuyó al heredero usufructuario el derecho de hacer por sí la partición de suerte que fuera como contrato, obligatoria entre los partícipes, sino sólo el de completar con la inscripción su título procedente del testamento para hacer uso de las facultades en éste otorgadas. Razonamiento que se basa, además, en que en la inscripción no se adjudicó la propiedad de los bienes al usufructuario, como se afirma en el recurso, habiéndose limitado aquélla al título de heredero usufructuario con las facultades y condiciones expresadas en el testamento, ya que con relación al mismo se hizo mérito de la institución de herederos propietarios, de la de heredero usufructuario y de la cláusula relativa a la facultad de vender».

En cambio, la STS 8 marzo 1926 (JC, núm. 17/1926, pg. 108) deniega el derecho de los nudo propietarios a ser citados para la partición. Es uno de los escasos fallos en los que a un usufructo con facultad de disponer se le da el tratamiento de un fideicomiso de residuo a los efectos de denegar el derecho de los nudo propietarios a ser citados para la partición.

Según el testamento otorgado, el causante instituyó heredera universal a su esposa, dejándole el pleno dominio de los bienes muebles que existían a su fallecimiento, y también las fincas urbanas que poseía el otorgante; y en usufructo vitalicio, con relevación de fianza y facultad para vender, en caso de necesidad, que no estaría obligada a justificar en modo alguno, los bienes rústicos de la herencia; y para el caso de que existieran bienes del otorgante al fallecimiento de su mujer, instituía herederos en nuda propiedad de dos terceras partes de los mismos, a los hijos de su hermano, y de la tercera parte restante, a los hijos de su otra hermana; y para el caso de que fuesen menores de edad, mandaba que dichos bienes los administrase, con relevación de fianza, hasta la mayoría de edad de los interesados, el sobrino político del testador.

Los representantes legales de los hijos de los hermanos del testador interponen la demanda objeto del presente pleito contra la viuda, porque el inventario y el avalúo de los bienes se había hecho con toda celeridad sin intervención de los actores, a los que no les reconoció la partición ningún derecho, o por lo menos, no había sido inscrito, consiguiendo la viuda la inscripción a su favor de todos los bienes rústicos en usufructo vitalicio, con la facultad omnímoda de poder venderlos. Piden sustancialmente, que se declare 1º) la nulidad del inventario y avalúo practicado, por haberse hecho sin la citación ordenada en el artículo 1057 CC; 2º) nulidad de la partición, por no haberse hecho en ella las adjudicaciones en mera propiedad ordenadas por el causante; 3º) que se declare y ordene la cancelación de las inscripciones y, por último, 4º) que la facultad conferida a la esposa heredera usufructuaria de las fincas rústicas para venderlas en caso de necesidad, que no estaría obligada a justificar de ningún modo, es una condición imposible y contraria a la ley y buenas costumbres, ordenando que se tenga por no puesta, y que en nada perjudicará a los herederos, que lo son desde luego en mera propiedad, por existir y estar concebidos al fallecimiento del testador.

La demandada en la contestación emplea el argumento de asimilar a los demandantes a los fideicomisarios, manifestando 1º) que no fueron citados a la práctica del inventario porque no tenían derecho a ello, al referirse su llamamiento a un tiempo posterior y eventual, cuya efectividad no podía afirmarse de presente; 2º) que su llamamiento es condicional, dependiendo de que la usufructuaria conservase a su fallecimiento bienes de la herencia que recibía en usufructo, con la facultad concedida por el consorte, razón por la que los albaceas se limitaron en la partición a adjudicar los bienes que constituían el caudal hereditario a la viuda, del modo expresado en el testamento, sin hacer adjudicaciones en nuda propiedad, por limitarse la institución al caso de que existan bienes rústicos al fallecimiento de la esposa; y 3º) por último, que el testamento no hablaba de venta para alimentos, sino en caso de necesidad en sentido genérico, sin obligación de justificarla, lo que implicaba amplitud de facultades, mayor que la supuesta por la demandante.

En Primera Instancia se desestima la demanda, sentencia que es confirmada en apelación. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso, pues «*la naturaleza meramente eventual y aleatoria de los presuntos derechos hereditarios que en su día pudieran asistir a los recurrentes en la sucesión hereditaria, por depender su existencia o inexistencia de que al fallecimiento de la heredera universal queden o no bienes del testador, es inconcuso que por carecer del carácter de coheredero, ... no tuvieron que intervenir para nada en la formación del inventario...*».

La sentencia es objeto de un comentario por parte de DÍAZ ALABART, «por si se estima que no es de verdad un usufructo testamentario, sino realmente un fideicomiso, y para ver si, en todo caso, cabe usar, por analogía, para el fideicomisario lo dicho para el nudo propietario»<sup>74</sup>.

Para CARRASCO, el TS interpreta la cláusula como si fuera un fideicomiso de residuo condicional, centrandó la cuestión debatida en si los recurrentes eran herederos (en nuda propiedad) desde la muerte del causante, o herederos (fideicomisarios) desde el momento de fallecer el fiduciario con bienes (por considerarlo como condicional); si lo primero, deben intervenir en el inventario; no de ser lo segundo. En cambio, según DÍAZ ALABART, «el tema central no es la condicionalidad de la institución de un fideicomisario de residuo, sino si puede ser conceptualizado como coheredero actual, o al menos equiparable a él, a efectos del artículo 1057, el nudo propietario de unos bienes dejados en usufructo»<sup>75</sup>. A su juicio, la citada cláusula testamentaria «encierra el espíritu de “instituir en todo caso herederos nudo propietarios” (luego el testador los quiere puramente como herederos ya, aunque puedan no tomar bienes si no quedan cuando la usufructuaria muera), y no de “instituirlos sólo si quedan bienes” (en cuyo caso los quiere sólo para si quedan bienes, luego no los quiere, si éstos faltan cuando la usufructuaria muera, así que los instituye nudo

74. DÍAZ ALABART: *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*. Barcelona, 1981.

75. DÍAZ ALABART: ob. cit., pgs y 93 ss.

propietarios condicionalmente»<sup>76</sup>. Mientras que los instituidos nudo propietarios actuales deben participar en la partición, no así los instituidos nudo propietarios para cuando muera el fiduciario, porque si bien tienen una expectativa protegida, lo cierto es que esa protección no les iguala a los coherederos actuales, a efectos de la necesidad de citación para practicar el inventario, «pues quienes deben ser citados son los coherederos actuales»<sup>77</sup>.

A su juicio, hay que observar que «no dice la sentencia que no sean todavía coherederos porque estén llamados condicionalmente (con lo que sólo serán coherederos si se cumple la condición), sino que únicamente habla de la “naturaleza meramente eventual y aleatoria de los presuntos derechos hereditarios que en su caso pudieran asistir a los recurrentes”. Es decir, no lo estima condicional porque penda de la condición de que queden bienes, sino más bien “la estimación de la eventualidad y aleatoriedad de los derechos discutidos puede proceder de que aún sin ser condicionales, no es seguro, mientras que no se vea que quedan bienes, el derecho a ser citado para la partición de los mismos bienes, aunque fuesen ya herederos seguros (herederos seguros, porque lo serían aun sin bienes que heredar), no es seguro todavía que han de percibir los bienes que se parten pues aun partiéndolos, si después se enajenan, no les corresponderán en su día”»<sup>78</sup>.

La presente Sentencia trata pues al usufructuario vitalicio facultado para disponer como un fiduciario de residuo, negando a los nudo propietarios derecho a intervenir en la operación de partición de los bienes, aunque sean herederos desde la muerte del testador, y por tanto, llamados puramente a su herencia.

Finalmente, merece la pena recordar como criterio de interpretación a tener en cuenta para resolver las cuestiones planteadas que en las regiones de Derecho foral una y otra figura reciben idéntico tratamiento, si bien por el juego de la necesidad de la existencia de institución de heredero para la validez del testamento. La distinción entre los usufructos constituidos en actos «mortis causa» por vía de institución o por vía de legado tiene una gran importancia. De este modo, la institución de heredero en usufructo, cuando no hay otros herederos llamados, o los instituidos no llegan a serlo, tiene el carácter de heredero universal. Y cuando los instituidos lo son para después de la muerte del heredero usufructuario («post mortem usufructuarii»), se considera como fiduciario, supuestos en los que, a pesar de que la inscripción constata un derecho de usufructo, tiene que verse en ella la titularidad de un heredero libre, o de un fiduciario, en su caso<sup>79</sup>. Equiparación de la institución en usufructo con el fideicomiso, ambos como llamamientos puros, a los que se aplica el artículo 784 CC, de manera que tanto los fideicomisarios como los nudo propietarios adquieren sus derechos, y los transmiten desde la muerte del testador, aunque mueran antes que el usufructuario o el fiduciario.

Recientemente, se ha declarado la no necesidad de que los nudos propietarios intervengan en la partición pero sobre la base de incidir en el argumento tradicional de la condicionalidad del fideicomiso de residuo, afirmándose «*la solución al problema litigioso sería idéntica cualquiera sea la postura que se adopte, pues lo que se trata de determinar es si puede instarse la partición de la herencia en estos supuestos en que los nudo propietarios no pueden conocer hasta el fallecimiento de la usufructuaria si van a resultar propietarios de algún bien*», y que «*la respuesta a esta cuestión ha de ser negativa pues la Jurisprudencia, aún con el parecer contrario de la doctrina, siempre ha considerado que el fideicomisario de residuo es una sustitución condicional (SS. 5 julio 1966 [RJ 1966, 3671], 22 enero 1969 [RJ 1969, 199], 9 diciembre 1970 [RJ 1970, 5440], 25 mayo 1971 [RJ 1971, 2951], 25 abril 1981 [RJ 1981, 2166], etc.), y como sucesión sometida a condición ha calificado también la Sentencia de 3 abril 1965 (RJ 1965, 1979) a un supuesto similar al presente indicando que por este motivo nunca debió hacerse la partición hasta que la condición se cumpliera ...*».

76. DÍAZ ALABART: ob. cit., pg. 96.

77. DÍAZ ALABART: ob. cit., pg. 98.

78. DÍAZ ALABART: ob. cit., pgs. 98 y ss.

79. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario II*, pg. 728.