

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

4015 *Resolución de 5 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Ourense nº 3, por la que se deniega la inscripción de un usufructo viudal.*

En el recurso interpuesto por don Ángel Manuel Rodríguez Dapena, notario de Celanova, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Ourense número 3, doña Paula Martín Martínez, por la que se deniega la inscripción de un usufructo viudal.

Hechos

I

Mediante escritura calificada de «de pacto sucesorio de constitución de usufructo viudal» otorgada ante el notario de Celanova, don Ángel Manuel Rodríguez Dapena, el día 23 de junio de 2015, con número 1.643 de protocolo, los cónyuges, don M. V. B. y doña M. C. S. M., se limitaron a estipular, con carácter de «pacto sucesorio» que «pactan la atribución recíproca del usufructo vitalicio sobre el derecho que a cada uno de ellos corresponde en los dos bienes objeto de esta escritura, con todo lo que en ellos se hallare. Este pacto se formaliza al amparo del artículo 228 LDCiv. Galicia».

Tales bienes son las fincas registrales números 49.706 y 49.719, las cuales figuran inscritas en el Registro de la Propiedad de Ourense número 3 a favor de dichos cónyuges con carácter ganancial, por haber sido aportadas a la sociedad de gananciales por el marido mediante escritura otorgada el mismo día, ante el citado notario, con número anterior de protocolo.

II

El referido documento causó en el Registro de la Propiedad de Ourense número 3 el asiento número 147 del Diario 118, y fue objeto de la siguiente calificación negativa el día 10 de noviembre de 2015: «De conformidad con los artículos 18, 19, 19 Bis y 322 de la Ley Hipotecaria, y con referencia al documento que se dirá: Presentada a las diez horas y cuarenta y dos minutos del día diecinueve de octubre del dos mil quince, con el asiento 147 del diario 118, escritura autorizada por el Notario de Celanova, don Ángel Manuel Rodríguez Dapena, el veintitrés de junio del dos mil quince, con el número 1643 de protocolo. En dicha escritura, los cónyuges don M. V. B. y doña M. C. S. M., dueños con carácter ganancial de la finca 49719, y de una participación indivisa de la finca 49706, que consta inscrita como finca independiente con el número 49706/G5, todas ellas del municipio de Ourense, «pactan la atribución recíproca del usufructo vitalicio sobre el derecho que a cada uno de ellos corresponde en los dos bienes objeto de esta escritura, con todo lo que en ellos se hallare. Este pacto se formaliza al amparo del artículo 228 LDCiv.Galicia». Se han apreciado los siguientes defectos que impiden acceder a practicar las operaciones registrales solicitadas: I.–Hechos: La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, regula los pactos sucesorios en el Título X, «De la sucesión por causa de muerte», Capítulo III, «De los pactos sucesorios», estableciendo en el artículo 209 que, sin perjuicio de los que fueran admisibles conforme al derecho, de acuerdo con dicha Ley, son pactos sucesorios: los de mejora y los de apartación. El Capítulo IV, lleva la rúbrica «Del usufructo del cónyuge viudo» -artículos 228 a 237-, estableciendo en el Artículo 228 que los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia. La disposición recíproca es aceptada por ambos

comparecientes, pero sólo tendrá eficacia plena «propter mortem» o por razón de la muerte de uno de los sujetos, esto es, sólo produce efecto al morir uno cualesquiera de los otorgantes, con supervivencia del otro, constituyendo una «conditio iuris» o presupuesto de eficacia de esta disposición. Además los bienes concretos a que se refiere el pacto deben formar parte de la herencia del causante y no haberse producido ninguno de los supuestos que determinan la ineficacia de la disposición. Admitir la inscripción sería admitir la publicación en el registro sólo de una especie de expectativa. Se trata de un supuesto diferente de otros negocios sometidos a condición suspensiva o resolutoria, y que prevén los artículos 9 y 23 de la Ley Hipotecaria. Éstos son negocios en los cuales la condición es accidental, mientras que el usufructo voluntario del cónyuge viudo es esencial e inherente al mismo negocio. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley hipotecaria, en el Registro de la Propiedad se inscribirán los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o derechos reales que se impongan sobre los mismos. Dado que en la escritura ahora calificada no se transmite ningún derecho real sobre los inmuebles a que la misma se refiere y que este pacto entre vivos se asimila necesariamente a la donación mortis causa, tenemos que concluir que este pacto no transmite ningún derecho real y por tanto no se puede inscribir. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de fecha seis de febrero de dos mil catorce, y en relación a los pactos de mejora del derecho gallego, ha establecido que si no suponen la entrega de presente de los bienes a que el pacto se refiere, «pacto sin entrega actual en el que la adquisición se produce al fallecimiento del mejorante», -...- «no cabría la inmatriculación ya que la titularidad y dominio sólo es efectiva tras la muerte del mejorante y por lo tanto participa de la naturaleza de las donaciones mortis causa». Así, debe concluirse que esta disposición, al no suponer transmisión de presente de ningún derecho real, y sólo será efectiva tras la muerte del disponente, participa igualmente de la naturaleza jurídica de las donaciones mortis causa. Así, la disposición del usufructo voluntario a favor del cónyuge viudo, es una disposición por causa de muerte, que puede ser otorgada en escritura pública o en testamento, y que puede comprender la totalidad o parte de la herencia. Es una liberalidad que un cónyuge hace a favor de otro en consideración a su propia muerte -»contemplatio mortis-»; esta es la causa o el porqué de la misma, unidad al designio de favorecer al viudo, y en la que no hay transmisión inmediata del derecho de usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia del disponente, sino que ésta queda condicionada -«conditio iuris»- por la muerte de éste. La no transmisión actual de ningún derecho en el momento en que se formaliza la disposición resulta también de los propios términos que el precepto utiliza. En efecto, el artículo 228 de la ley gallega utiliza la expresión «atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia». De esta forma sólo podrá ser efectiva la disposición sobre aquéllos bienes que formen parte de la herencia en el momento del fallecimiento. Asimismo, la ubicación sistemática de la regulación de este usufructo voluntario dentro de la Ley, puede arrojar luz sobre la intención del legislador, conforme al artículo 3 del Código Civil, y la no consideración del mismo como verdadero pacto sucesorio. Como quedó expuesto anteriormente, no se recoge dentro del capítulo referente a los pactos sucesorios -que sólo se refiere a los de mejora y aportación-, si no en el capítulo siguiente. Las diferencias entre unos y otros son fundamentales. Los primeros necesariamente deben otorgarse en escritura pública y pueden suponer la adquisición inmediata de la propiedad de los bienes a que se refieran por el favorecido. En el caso del usufructo voluntario puede también hacerse en testamento, y nunca puede suponer la entrega de presente del usufructo dispuesto. La distinción fundamental entre que la disposición voluntaria del usufructo se instrumente a través de escritura pública o de testamento, se refiere a los medios y facultades para dejarlo sin efecto. El artículo 230 establece que «El usufructo pactado quedará también sin efecto por mutuo acuerdo y el testamento por su revocación». Al contrario que el testamentario, que puede revocarse en cualquier momento por el testador como manifestación de la revocabilidad esencial de cualquier disposición testamentaria -artículo 737 del Código Civil-, es necesario mutuo acuerdo para dejar sin efecto el usufructo voluntario establecido en escritura pública, pero únicamente producirá efectos obligacionales y no reales, entre las partes disponentes. La disposición efectuada podrá tener eficacia sólo tras el fallecimiento de uno de los cónyuges,

de conformidad con el artículo 14 de la Ley Hipotecaria. A todas estas consideraciones debe añadirse las derivadas de la ganancialidad de los bienes a que la escritura se refiere. Cada uno de los cónyuges establece a favor del otro el usufructo sobre la parte que le corresponda en los mismos. Así, la adquisición por cada uno de ellos depende de la condición de que ocurra el fallecimiento del otro sin que se haya producido alguna de las circunstancias que el artículo 230.1 prevé como causa de ineficacia, y de que los bienes formen parte de la herencia, sino también que en la liquidación de la sociedad de gananciales a que pertenece el bien, éste se adjudique, en todo o en parte, a la herencia del causante. Expectativa incompatible con la claridad que debe presidir los derechos que el Registro publica, y contrario al principio de especialidad. Y por otro lado tampoco puede accederse a publicar una expectativa sobre los derechos que a un cónyuge puede corresponder en la liquidación de una sociedad de gananciales que está vigente y sin disolver. Así, no habiendo transmisión de presente de titularidad jurídico real alguna, sino meras expectativas que no resultan registrables en los términos del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, produciendo la disposición recíproca efectuada meras obligaciones en vida de los disponentes, no puede accederse a la inscripción del pacto de atribución recíproca voluntaria de usufructo que documenta la escritura calificada. Fundamentos De Derecho: el principio de especialidad recogido en los artículos 3 y 21 de la Ley Hipotecaria, de construcción doctrinal y jurisprudencial, impone una delimitación precisa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, así en sus elementos subjetivos y objetivos como en cuanto a su alcance y contenido, artículos 34 y 38, también de la Ley Hipotecaria, y 400 y siguientes del Código Civil, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009, que declara que la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros; los artículos 1, 2, 3, 9, 14, 20, 21 y 23 de la Ley Hipotecaria; 7, 51, 77 y 144 del Reglamento Hipotecario; artículos 609, 618, 620, 675, 737, 1344 y siguientes, 1392 y 1393 del Código Civil; Sentencia del Tribunal Supremo 562/1995 de 9 de junio; artículos 214 y siguientes y 228 y siguientes de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 21 de enero de 1.991 y 6 de febrero de 2014. Calificación: se deniega la inscripción solicitada por cuanto los defectos señalados tienen el carácter de insubsanables. No se practica anotación de suspensión por no haber sido solicitada y por tratarse de defectos insubsanables. Esta nota de calificación podrá (...) Ourense, a diez de noviembre de dos mil quince. La Registradora (firma ilegible), Fdo.–Paula Martín Martínez».

III

Solicitada calificación sustitutoria, ésta fue emitida el día 2 de diciembre de 2015 por el registrador de la Propiedad de Verín, don Antonio Manuel Oliva Izquierdo, quien confirmó la calificación efectuada por la registradora sustituida, con base en los siguientes fundamentos jurídicos: «El presente caso nos plantea un supuesto de atribución recíproca de dos cónyuges del usufructo vitalicio sobre el derecho que a cada uno ellos corresponde en los dos bienes gananciales objeto de la escritura que motiva la presente calificación sustitutoria, al amparo del artículo 228 de la Ley de Derecho Civil de Galicia La dos cuestiones fundamentales que se suscitan son: en primer lugar, si la atribución recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de los bienes de una herencia, tal y como se configura en el presente supuesto, es o no una donación mortis causa; y, en segundo lugar, sí dicha atribución recíproca -en caso de concebirse como donación mortis causa- es un pacto que produce efectos reales inmediatos o si, por el contrario, sus efectos reales quedan pendientes de que se cumpla la *conditio iuris* de su eficacia, esto es, la muerte de uno de los otorgantes del pacto. En lo que a la primera de las cuestiones se refiere, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1995, entendió que hay donación mortis causa cuando se produce una permanencia de la cosa donada en el dominio y libre disposición del donante, y falta de intención de perderla mientras viva. En el presente caso, en el que ambos cónyuges son titulares registrales, con carácter ganancial, de las fincas sobre las que recíprocamente se constituye el usufructo que se otorgan con carácter vitalicio, se pone de relieve, para cada uno de ellos en su condición de donantes, su

intención de que el bien no salga de su propia esfera jurídica durante su vida. Concebido, por tanto, este pacto como una donación mortis causa, se plantea la segunda cuestión de su inscribibilidad, según tenga o no el pacto otorgado efectos reales inmediatos. En esta materia, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 1991 consideró que, configurada una donación como mortis causa, ésta no produce efectos en vida del donante, precisamente por no perder el mismo la disponibilidad del bien donado. Así, habrá de esperarse a que se cumpla la *conditio iuris* de su eficacia -la muerte del donante- para que pueda invocarse por el favorecido por ella su efectividad, puesto que hasta entonces éste no tiene sino una expectativa jurídica. Y en lo que a expectativas jurídicas se refiere, bien es cierto que el mismo Centro Directivo, en su Resolución de 21 de diciembre de 2011 reconoció el acceso al Registro de la Propiedad de titularidades expectantes, al admitir la inscripción de un usufructo sobre usufructo, de un usufructo sobre nuda propiedad, de una nuda propiedad sobre usufructo o de una nuda propiedad sobre nuda propiedad, pero sólo en cuanto dichas titularidades expectantes estaban, por un lado, perfectamente delimitadas, y, por otro, pendían de una *conditio facti*. Ninguna de estas dos premisas concurre en el presente supuesto. Por un lado, la ganancialidad de los bienes sobre los que recae la operación realizada requeriría la previa liquidación de la sociedad conyugal para determinar los bienes que, en su caso, integrarían la herencia del primero de los fallecidos sobre la que se proyectaría el usufructo pactado, de conformidad con el artículo 228 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, que alude a bienes de la herencia. Por otro, la muerte del donante en las donaciones mortis causa no es una *conditio facti* de la que dependa la validez del negocio, sino una *conditio iuris* de su eficacia, que las partes no pueden hacer sustraer a su voluntad. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 16 de octubre de 2015 (B.O.E. de 5 de noviembre de 2015) aclara que la *conditio iuris* no puede elevarse a *conditio facti*, de tal modo que las partes no pueden poner en condición accidental lo que la propia Ley exige para la eficacia del negocio».

IV

El día 11 de enero de 2016, don Ángel Manuel Rodríguez Dapena, notario de Celanova, interpuso recurso contra la calificación sustituida. En dicho escrito alegó los fundamentos jurídicos que a continuación se transcriben: «De conformidad con los artículos 14 LH y 77 RH son inscribibles en el Registro de la Propiedad los pactos o contratos sucesorios, impliquen o no la transmisión de presente de los bienes o derechos a que se refieren. El usufructo pactado en escritura pública ex artículo 228 de la Ley de Derecho Civil de Galicia es un verdadero pacto sucesorio por las siguientes razones: por la dicción de dicho artículo («Los cónyuges podrán pactar en escritura pública...») y el artículo 230.2 de dicha Ley («El usufructo pactado...»); porque dicho usufructo, a diferencia del testamentario, queda sin efecto «por mutuo acuerdo», es decir, no es revocable unilateralmente (art. 230.2); porque en el Derecho Civil de Galicia la sucesión se defiere, en todo o en parte, por cualquiera de los pactos sucesorios admisibles conforme al derecho (artículo 181.2), no limitándose a los de mejora y apartación (209); porque el usufructo constituido ex artículo 228 produce todos los efectos típicos de todo pacto sucesorio sin transmisión de presente, a saber, la limitación de las facultades dispositivas del concedente o concedentes (el concedente no puede disponer del usufructo no por acto inter vivos ni por acto mortis causa), es decir, en vida de los cónyuges lo que publica el Registro de la Propiedad es la limitación de la facultad dispositiva de los concedentes. En conclusión, si los pactos sucesorios son inscribibles en el Registro de la Propiedad, y si el usufructo pactado conforme a dicho artículo es un pacto sucesorio, el dicho usufructo pactado es inscribible en el Registro de la Propiedad. A mayor abundamiento, no debe olvidarse que el derecho gallego se interpretará e integrará desde sus propias fuentes (2), y que sólo será aplicable el derecho civil general del Estado cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego (1.3). Esto último se resalta por la siguiente razón: las dos notas de calificación parten de la no admisión como principio de los pactos sucesorios en Derecho común, como lo revela que fundamentalmente razonen sobre la base de las «donaciones mortis causa» (y no sobre la base de la teoría general de

los pactos sucesorios y su inscripción en el Registro), figura que nada tiene que ver con el presente caso, olvidando que en el Derecho gallego rige el principio contrario (admisión del pacto sucesorio), y olvidando que en el Derecho común hay verdadera y propia donación inter vivos (y no mortis causa) si la muerte, en la intención del donante, sólo significa dilación o término de pago, es decir, si hay un desprendimiento actual e irrevocable de derechos, aunque se convenga que sólo puedan hacerse plenamente efectivos a la muerte del disponente (RDGRN 21 enero 1991). Por último, las objeciones derivadas del carácter ganancial de los bienes no tienen virtualidad para impedir la inscripción del pacto sucesorio, por entre otras, las siguientes razones: de momento sólo se solicita que el Registro publique la limitación de las facultades dispositivas derivadas del pacto sucesorio; el modo en que se inscriba la transmisión del derecho de usufructo una vez fallecido uno de los concedentes se resolverá en su día según Ley (basta con aplicar al respecto, aunque sea por analogía, el artículo 207 de la LDCG); de ser cierto el argumento de la Registradora se produciría el absurdo de que dicho pacto sólo sería inscribible para los cónyuges sujetos al régimen de separación de bienes (o participación) o sobre bienes en proindiviso ordinario; no se olvide que en el presente caso ambos cónyuges disponen inter vivos y de forma coincidente sobre un bien ganancial de ambos...».

V

La registradora emitió informe y remitió el expediente a este Centro Directivo mediante escrito de fecha 18 de enero de 2016.

Fundamentos de Derecho

Vistos artículos 181, 209, 228 y siguientes, 238, 242 y 253 y siguientes de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; 283.1 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; 442-3 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; la ley 253 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; los artículos 620 y 1271 del Código Civil; 2 y 14 de la Ley Hipotecaria; 7, 51 y 77 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975, 9 de junio de 1995, 25 de julio de 1996 y 28 de julio de 2003, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 1991, 6 de marzo de 1997 y 6 de febrero de 2014.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura calificada de «de pacto sucesorio de constitución de usufructo viudal» mediante la cual los cónyuges se limitan a estipular, con carácter de «pacto sucesorio», al amparo del artículo 228 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, «la atribución recíproca del usufructo vitalicio sobre el derecho que a cada uno de ellos corresponde» en dos fincas inscritas a nombre de ambos con carácter ganancial, por haber sido aportadas a la sociedad de gananciales por el marido mediante escritura otorgada el mismo día.

La registradora deniega la inscripción porque, a su juicio, la disposición recíproca cuestionada sólo tendrá eficacia plena propter mortem o por razón de la muerte de uno cualesquiera de los otorgantes; los bienes concretos a que se refiere el pacto deben formar parte de la herencia del causante; no se transmite ningún derecho real sobre los inmuebles a que la misma se refiere, sino una mera expectativa, por lo que este pacto entre vivos se asimila necesariamente a la donación mortis causa y por tanto no se puede inscribir. Además considera que en la Ley de derecho civil de Galicia el usufructo voluntario no se regula entre los pactos sucesorios y nunca puede suponer la entrega de presente del usufructo dispuesto, por lo que únicamente producirá efectos obligacionales, y no reales, entre las partes disponentes. Y añade que la adquisición depende, entre otras circunstancias, de que en la liquidación de la sociedad de gananciales el bien se adjudique, en todo o en parte, a la herencia del causante.

El notario recurrente alega lo siguiente: Primero.—El usufructo pactado es un verdadero pacto sucesorio, produce todos los efectos típicos de todo pacto sucesorio sin transmisión de presente, es decir la limitación de las facultades dispositivas del concedente o concedentes -que no pueden disponer del usufructo ni por acto inter vivos ni por acto mortis causa-. Al ser los pactos sucesorios inscribibles en el Registro de la Propiedad, el usufructo pactado es inscribible, de suerte que el Registro, en vida de los cónyuges, lo que publica es la limitación de la facultad dispositiva de los concedentes; Segundo.—En el Derecho gallego rige el principio admisión de pactos sucesorios, y además el pacto cuestionado no se trata de una donación mortis causa, y se olvida que en el Derecho común hay verdadera y propia donación inter vivos (y no mortis causa) si, en la intención del donante, hay un desprendimiento actual e irrevocable de derechos, aunque se convenga que sólo puedan hacerse plenamente efectivos a la muerte del disponente, y Tercero.—Las objeciones derivadas del carácter ganancial de los bienes no tienen virtualidad para impedir la inscripción del pacto, pues sólo se solicita que el Registro publique la limitación de las facultades dispositivas derivadas de dicho pacto; y el modo en que se inscriba la transmisión del derecho de usufructo una vez fallecido uno de los concedentes se resolverá en su día según la ley.

2. Según el artículo 181 de la Ley 2/2006, de derecho civil de Galicia, «la sucesión se defiere, en todo o en parte, por: 1.º Testamento. 2.º Cualquiera de los pactos sucesorios admisibles conforme al derecho. 3.º Disposición de la ley». El artículo 238 de la citada Ley atribuye al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho la condición de legitimario. Dicha legítima consiste en un usufructo vitalicio de cuantía variable según que concurra o no con descendientes del causante (cfr. artículos 253 y 254 de la Ley 2/2006).

A diferencia de lo previsto en otras legislaciones forales (artículos 283.1 del Código del Derecho Foral de Aragón; 442-3 del Código civil de Cataluña, libro cuarto, o la ley 253 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra), el derecho civil gallego no contempla la posibilidad de un usufructo viudal universal. Sin embargo, el artículo 228 de la Ley de derecho civil de Galicia regula el denominado usufructo «voluntario» del cónyuge viudo. Se trata de una figura típica del acervo jurídico gallego -aunque no se contempló en la Compilación de 1963- y se configura como un instrumento destinado a conservar indiviso el patrimonio familiar, permitiendo una mayor protección del cónyuge viudo. Dispone el citado artículo 228 que: «Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia».

3. El artículo 117.1 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, hoy derogada, entre las distintas formas de delación mortis causa se refería a «los pactos sucesorios regulados en esta Ley». Una interpretación literal del precepto conducía a excluir todo pacto sucesorio que no fuera de los contemplados en el Título VIII, Capítulo II, relativo a tales pactos: el usufructo voluntario de viudedad (artículos 118 a 127), el pacto de mejora (artículos 128 y 129), el derecho de labrar y poseer (artículos 130 a 133) y, las apartaciones (artículos 134 y 135).

El artículo 209 de la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, dispone que «sin perjuicio de los que fueran admisibles conforme al derecho, de acuerdo con la presente Ley, son pactos sucesorios: 1º Los de mejora. 2º Los de apartación». El usufructo voluntario del cónyuge viudo es objeto de regulación en el Capítulo siguiente al de los pactos sucesorios (Capítulo III, del Título X, «De la sucesión por causa de muerte», concretamente en el Capítulo IV, bajo la denominación «Del usufructo del cónyuge viudo»).

Se ha puesto de relieve, doctrinalmente, que en el Derecho gallego los pactos sucesorios ya no son sólo los pactos de mejora y apartación sino también otros «admisibles conforme al derecho», sin que exista en aquél una prohibición expresa de otros pactos sucesorios distintos a los tipificados. Estos otros pactos sucesorios, admisibles conforme a Derecho, son aquellas modalidades de delación paccionada de la herencia admitidas de conformidad con el Derecho civil común y que suponen una excepción a la regla de la interdicción de estos pactos, así como aquellos otros negocios jurídicos post mortem que pueden asimilarse, al menos, en sus efectos, a los pactos sucesorios, como es el caso del seguro de vida para el caso de muerte del asegurado. Sin embargo, se añade que esta

afirmación no implica la configuración del usufructo voluntario del cónyuge viudo como un pacto sucesorio, pues no sólo no aparece mencionado en el artículo 209 sino que, además, es regulado en un capítulo aparte (Capítulo IV), nítidamente separado de los pactos sucesorios (Capítulo III). Por ello, consideran que lo anterior evidencia que existe una clara y deliberada voluntad del legislador de excluir el usufructo voluntario del cónyuge viudo como pacto sucesorio porque, frente a su inclusión como pacto sucesorio bajo el régimen de la Ley 4/1995, la nueva Ley 4/2006 ha optado por excluirlo.

Para otros autores, del régimen legal vigente resulta un sistema de *numerus apertus* de pactos sucesorios, habida cuenta de la propia literalidad del precepto del artículo 209, de la inexistencia de norma prohibitiva -salvo respecto de la legítima, ex artículo 242- y de la inaplicabilidad del artículo 1271, párrafo segundo, del Código Civil, toda vez que según la tradición gallega la prohibición de la sucesión pactada no constituye la regla general (artículo 1 de la Ley 2/2006). Por lo demás, se considera que el hecho de que se haya excluido la regulación del usufructo viudal del capítulo relativo a los pactos sucesorios se debe a que únicamente tiene este carácter el usufructo voluntario del cónyuge viudo constituido por pacto o convenio y no el constituido mediante negocio testamentario. Y se afirma que aunque se haya optado por un sistema de pactos sucesorios tasados en el capítulo indicado, también tienen tal carácter aquellos otros que en la misma Ley 2/2006 y en otras normas reúnen los requisitos propios de tal figura. Por ello se concluye que, a pesar del cambio de colocación sistemática de la regulación del usufructo viudal pactado entre los cónyuges, éste continúa teniendo la consideración de pacto sucesorio, toda vez que el cónyuge disponente conserva sus facultades dispositivas «inter vivos» respecto de tal derecho (a falta de previsión contraria del legislador) y tal carácter de pacto sucesorio ha sido reforzado en la regulación vigente al suprimirse la posibilidad de revocación unilateral del usufructo pactado que admitía el artículo 118 de la Ley 4/1995 (vid. el artículo 230.2 de la Ley vigente, que exige el mutuo acuerdo de los cónyuges), si bien se previene que quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial o de hecho de los cónyuges (artículo 230.1).

4. En relación con la donación *mortis causa*, esta Dirección General en su Resolución de 21 de enero de 1991, estableció que «... para que haya donación *mortis causa* es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (Sentencia 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona. En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante, la muerte de éste tendría, para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de *conditio iuris* de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento (engendra en beneficio del favorecido una simple esperanza y propiamente el objeto donado no quedaría vinculado). En cambio, hay verdadera y propia donación entre vivos y se produce, en beneficio del favorecido, una situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, si la muerte, en la intención del donante, sólo significa condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago. Como ya decía Antonio Gómez para nuestro Derecho histórico, hay donación entre vivos cuando el donante expresa "te doy tal cosa o tal dinero que han de ser pagados después de la muerte", "te doy tal finca reteniendo el usufructo durante mi vida..."».

En definitiva, en el ámbito de aplicación del Código Civil, conforme al artículo 620 del mismo, la donación *mortis causa* se rige por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, es revocable, no transmite el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas, no siendo inscribible en el Registro de la Propiedad, sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria; por el contrario, la «donación inter vivos, post mortem», es inscribible en el Registro.

Pero en el presente caso, para decidir si el negocio dispositivo de que se trata puede tener acceso al Registro de la Propiedad, debe tenerse en cuenta que los contratantes no atribuyen al negocio el carácter donación inter vivos post mortem -inscribible en el Registro, según ha quedado expuesto- sino la naturaleza de pacto sucesorio. Por ello, no hay

transmisión inmediata de un derecho (en un caso en que ambos otorgantes siguen siendo dueños plenos de los bienes gananciales de que se trata), sino la creación de una expectativa jurídica a favor del beneficiado. Y, precisamente porque lo califican como pacto sucesorio, es clara su voluntad de que (al margen de que pueda o no considerarse que el usufructo convencional del cónyuge viudo regulado en los artículos 228 y siguientes de la Ley 2/2006 constituya para el legislador un pacto sucesorio) las facultades dispositivas inter vivos del concedente no queden limitadas. Debe concluirse, por tanto, que, al producir sus efectos y, por ende, transmitir el derecho real sobre los bienes, a la muerte del donante, no puede acceder al Registro (así lo ha entendido este Centro Directivo en Resolución de 6 de febrero de 2014 respecto del pacto sucesorio de mejora sin entrega de presente conforme a la legislación civil gallega, en la que «la titularidad y dominio sólo es efectiva tras la muerte del mejorante y por lo tanto participa de la naturaleza de las donaciones mortis causa»).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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

Madrid, 5 de abril de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.