

El beneficio de inventario y otras cuestiones de doctrina registral

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO
- II. IDENTIFICACIÓN DE EXTRANJEROS
- III. SOCIEDAD MERCANTIL CON OBJETO PROFESIONAL
- IV. USUFRUCTO GANANCIAL vs. USUFRUCTO CONJUNTO Y SUCESIVO
- V. DACIÓN EN PAGO BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA
- VI. HIPOTECA EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL FIADOR
- VII. ESCRITURAS OTORGADAS POR ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD MERCANTIL CON CARGO NO INSCRITO

I. ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO

La crisis económica ha hecho aumentar los supuestos de aceptación de herencia a beneficio de inventario, e incluso algún ca-

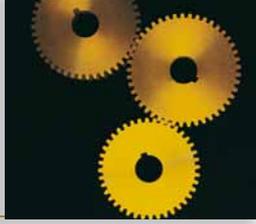


so de pretensión de reclamar al Notario por no haber asesorado sobre las consecuencias de una aceptación pura y simple.

En Derecho catalán, sin embargo, la conflictividad es menor, puesto que la actual regulación sobre la materia (arts. 461-

14 a 461-17 CCCat) supone en la práctica que la separación de patrimonios derivada del beneficio de inventario acabe por constituir el supuesto más habitual⁽¹⁾.

En ámbito de Derecho común, dos resoluciones, en los últimos meses, tratan del



tema. Empecemos por la última y más interesante, de fecha **18 de febrero de 2013**.

Se trata de una escritura de herencia, otorgada el día 12 del mes, en la que los herederos aceptan a beneficio de inventario, haciéndose constar, en relación con el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos para dicha forma de aceptación:

- Que, conforme al art. 1017 CC, se ha practicado, con treinta días de antelación, notificación por burofax al único acreedor (una entidad bancaria acreedora de un préstamo hipotecario sobre una finca integrante de la herencia), en la que se notifica que se va a proceder a la formación del inventario el día 8.
- Que los bienes, que los herederos se adjudican *pro indiviso*, quedan en administración hasta que se pague al acreedor, designándose a ambos herederos como administradores solidarios.

La Registradora aprecia dos defectos: que la citación tenía que haberse hecho por edictos y que la fecha que se anuncia para la formación del inventario no coincide con la del otorgamiento de la escritura.

Y la Dirección resuelve:

- a) Por un lado (y con este no habrían hecho falta más argumentos), que no corresponde al Registrador comprobar la legalidad de la aceptación a beneficio de inventario: de una parte, porque se trata de una situación de naturaleza personal que *«afecta exclusivamente a las relaciones entre los acreedores y herederos»*, de modo que si se ha producido la adquisición hereditaria, *«no puede negarse una inscripción con el argumento de proteger las relaciones personales, que no reales, entre los propietarios y sus acreedores»*; de otra, porque el Registrador no tiene medios para hacer esa comprobación.
- b) Pero, además, entiende la Dirección que sí *«se han cumplido todas las exigencias de la ley para la aplicación del beneficio de inventario»*, señalando, en relación con los requisitos cuestionados, que la citación por burofax se ajusta a lo previsto en el art. 1014 CC (*«La notificación ha de ser fehaciente, pero no se exige la fehaciencia notarial»*) y que la autorización de la escritura en fecha posterior a

FICHA TÉCNICA



Resumen: Análisis pormenorizado de la regulación del denominado *beneficio de inventario* en la aceptación de una herencia, así como otras cuestiones de interés tales como identificación de los extranjeros, sociedades mercantiles, etc.

Palabras clave: Herencia, beneficio de inventario, extranjeros, sociedad mercantil con objeto profesional, usufructo, dación en pago, etc.

Abstract: Xx xx xxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxx xxx xxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxx xxx xxxxxxxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxx

Keywords: Xxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxx xxx xxx

la anunciada no contradice el art. 1017 CC (*«En efecto, el inventario ha comenzado dentro de treinta días desde la citación, con la aportación de todos los datos para su confección, y ha concluido mediante el otorgamiento de la escritura de aceptación y partición de la herencia dentro de otros sesenta días, luego todo se hizo dentro del plazo que la ley establece»*).

- c) Añadiendo (pese a que no consta que esta cuestión hubiese sido planteada por la Registradora) que la administración legalmente prevista *ex art. 1026 CC* hasta que se pague a acreedores y legatarios *«carece de trascendencia real, por lo que no tiene acceso al Registro de la Propiedad»*.



A la luz de todo lo cual surgen algunas cuestiones de interés:

1. ¿Cuáles son los efectos de la aceptación a beneficio de inventario en un caso como el que es objeto de la Resolución?

Imaginemos el supuesto, perfectamente habitual, de que el único bien de la herencia sea el inmueble hipotecado. El efecto es obvio: dado que el acreedor no puede rechazar la subrogación del heredero en la posición del causante, se encuentra con un nuevo deudor frente al cual solo va a poder cobrar hasta donde alcance el valor del inmueble. Y dado

que en nuestro Derecho la responsabilidad del heredero a beneficio de inventario es *cum viribus* y no *pro viribus*, quiere decirse que el deudor va a poder saldar la deuda con la propia finca: la ansiada dación en pago incorporada a la hipoteca del heredero.

Ahora bien, ¿hasta cuándo se mantiene esa situación? Mientras el heredero vaya pagando sus cuotas, el acreedor no puede reclamarle la deuda, pero ¿va a poder siempre el heredero desentenderse de dicha deuda entregando la finca? Entiendo que sí, pero con condiciones: siendo la limitación de responsabilidad derivada de la aceptación a beneficio de inventario una excepción a la regla general que comporta un empeoramiento de la posición del acreedor, no debería el mismo verse incrementado como consecuencia de una eventual depreciación de la garantía respecto de su valor al tiempo de la aceptación (valor que debería, por lo tanto, en ese caso, determinar el límite mínimo de esa responsabilidad).

2. En relación con los **efectos derivados de la falta de cumplimiento de los citados requisitos**, la Dirección los deja claros: *«Los herederos quedarán con el carácter de herederos puros y simples y los acreedores del causante podrán exigirles el pago de sus créditos por entero»*.

Conviene, sin embargo, aclarar si se trata de un efecto inherente a todo supuesto de incumplimiento de esos requisitos. Concretamente, si alcanza a aquellos casos en que la aceptación tiene que ser forzosamente a beneficio de inventario, como lo es el de aceptación a través de representante legal (padres

o tutor), a menos que se obtenga autorización judicial.

Es el supuesto, por ejemplo, de que trata la **Resolución de 1 de junio de 2012**: la elevación a público de un contrato privado de compraventa en la que comparecen los hijos herederos del vendedor fallecido, haciéndolo una de las hijas en su propio nombre y, además, como tutora de su hermano incapacitado, lo que constituye, como acertadamente señala la nota de calificación, una **aceptación tácita de la herencia** (ex arts. 999 y 1000, 1.º CC), que, en el caso, no fue realizada a beneficio de inventario y tampoco con la autorización judicial que requiere para la aceptación pura y simple el art. 271.4 CC.

RIVAS MARTÍNEZ, en su obra *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo I, pág. 1290, recoge la opinión de ALBALADEJO, como propia de la doctrina dominante, de que «en los casos impuestos por la ley, con o sin tales requisitos, el heredero solo responde del pasivo con el activo. En consecuencia, la limitación de responsabilidad se mantendría aunque se infringieran las normas de garantías, por acción u omisión del heredero o su representante legal, sin perjuicio de la responsabilidad por daños a que hubiere lugar».

En el supuesto de la Resolución que se comenta, la Dirección parece acoger dicha doctrina cuando, pese a reconocer ciertamente el defecto, indica, no obstante, que el mismo «ha de considerarse **subsanable mediante la correspondiente declaración de la tutora en documento público en el sentido de realizar la aceptación a beneficio de inventario en nombre del incapacitado**».

Al respecto, la Dirección cita su Resolución de 16 de julio de 2007, en la que una escritura de adjudicación (no se realiza formal y expresamente la aceptación) de herencia a favor de una fundación es calificada con el defecto de no cumplirse el art. 22-1 *in fine* de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, según el cual: «La **aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario**». La Dirección señala que de dicho precepto se concluye que «la **aceptación (tácita, en el caso examinado, en tanto que en ningún momento se emplea en la escritura la palabra acepta-**

ción) es siempre necesariamente a beneficio de inventario, sin que para considerar producidos los efectos del mismo en favor del heredero sea preciso, por lo tanto, que el llamado declare querer utilizar dicho beneficio ex artículo 1014 del Código Civil».

De todo lo cual parece que puede concluirse:

- a) Que en aquellos casos en que la aceptación debe entenderse *ex lege* hecha a beneficio de inventario, dicha mención no tiene por qué constar expresamente en la escritura. Sería el caso, además del citado en relación con las fundaciones, de la aceptación por parte del Estado (arts. 957 CC y 20-1 LPAP, este último aplicable también a la sucesión testamentaria). Y, en Catalunya, todos los supuestos a que se refiere el art. 461-16 CCCat., citados en nota *ut supra*.
 - b) Que en aquellos otros en que para la aceptación pura y simple se requiere autorización judicial, la hecha a beneficio de inventario no requiere otras formalidades que la constancia de tal mención en la escritura.
 - c) Que, en uno y otro caso, el no cumplimiento de los demás requisitos previstos en los arts. 1010 y s. CC no impedirá los efectos del beneficio de inventario, que no se perderá:
 - Por no principiar o concluir este en los plazos y formas prescritos (frente a la regla general contraria del art. 1018 CC).
 - Y tampoco en los supuestos del art. 1024 CC, por dejar de incluir a sabiendas algún bien o derecho, o por enajenar los mismos sin autorización antes de completar el pago de las deudas y legados.
3. Enlazando precisamente con este último punto, y retomando el supuesto general, creo que merece destacarse la conveniencia de prestar atención, en los supuestos de **transmisión de bienes o derechos procedentes de adquisición hereditaria**, al caso de que esta hubiere sido hecha mediando aceptación a beneficio de inventario,

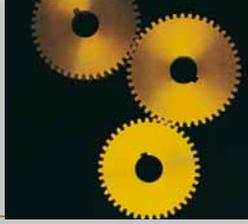
por cuando, **en Derecho común**, y como acabamos de ver, si el heredero no ha finalizado el pago de las deudas del causante o la entrega de los legados ordenados por el mismo, la transmisión hecha sin autorización implicará la extinción de los efectos del beneficio de inventario.

El heredero que actúa fraudulentamente en los pagos y realizaciones de bienes y, en general, en la administración de la herencia beneficiaria pierde el beneficio de inventario

En Derecho catalán no existe una norma tan clara, pero el supuesto de hecho podría dar lugar a la misma consecuencia, si se considera que el heredero ha contravenido lo previsto en el art. 461-25-5 CCCat, según el cual: «*El heredero que actúa fraudulentamente en los pagos y realizaciones de bienes y, en general, en la administración de la herencia beneficiaria pierde el beneficio de inventario*».

4. Dejo para el final dos cuestiones que, pudiendo ser de menor importancia, creo que trascienden (cuando menos, la segunda) de la mera anécdota:
 - a) La primera se refiere a si es posible que, careciendo el Registrador, como dice la Resolución, de medios para controlar la legalidad de la aceptación a beneficio de inventario, la Dirección sí disponga de ellos y pueda, por lo tanto, concluir que «se han cumplido todas las exigencias de la ley para la aplicación del beneficio de inventario».

Entiendo que no. Es decir, el Registrador no tiene, efectivamente, medios para comprobar el cumplimiento de los requisitos legales de la aceptación a beneficio de inventario, porque, al margen de los que se mencionan en la calificación, hay que tener en cuenta los plazos a que se refieren los arts. 1014 a 1016 CC⁽²⁾, los cuales se cuentan, en algún caso, desde momentos de difícil o imposible determinación objetiva, como son aquel en que el interesado supiere ser tal heredero o el día en



que hubiese gestionado la herencia como heredero.

Pero la misma dificultad o imposibilidad con que se encuentra el Registrador afecta a la Dirección, por lo que esta podrá resolver en relación con los defectos planteados, pero no parece lógico que lo haga (como, sin embargo, hace), en términos generales, en relación con todos los requisitos legales.

- b) La segunda cuestión no tiene, según mi modesto entender, respuesta convincente, cual sería la que explicara por qué el criterio, sensato y coherente, que sigue la Dirección en la Resolución de 18 de febrero, según la cual «no puede negarse una inscripción con el argumento de proteger relaciones personales, que no reales, entre los propietarios y sus acreedores», no se atiende de igual modo cuando se trata de reinscribir el dominio al ejercitarse una condición resolutoria, hablando entonces de la necesidad de «tutelar el interés de cualesquiera terceros puedan proyectar algún derecho» sobre las cantidades consignadas (véase la Resolución de 25 de enero de 2012).

II. IDENTIFICACIÓN DE EXTRANJEROS

1. El supuesto de hecho

La **Resolución de 11 de abril de 2012** plantea una cuestión recurrente y, sin embargo, quizá no suficientemente aclarada, cual es la de la correcta identificación del otorgante extranjero de un documento notarial. En el caso resuelto, relativo a una constitución de sociedad en la que se hace constar como datos identificativos de un compareciente extranjero, residente en España, su NIE, la Registradora plantea el defecto de que «no consta el número de la tarjeta de residencia, porque su reseña se refiere al NIE, cuyo número no se corresponde con aquel (artículo 38.6 del RRRM)».

El artículo citado exige que se haga constar, respecto de los comparecientes extranjeros, además de las circunstancias exigibles también a los españoles, la nacionalidad y:

a) El número de:

- **identificación de extranjeros**
- *el de su **pasaporte***
- *el de su **tarjeta de residencia***
- *el de **cualquier otro documento legal de identificación**, con declaración de estar vigentes.*

- b) *Igualmente, se consignará el **número de identificación fiscal**, cuando se trate de personas que dispongan del mismo con arreglo a la normativa tributaria.*

Y la Dirección interpreta correctamente el precepto señalando que «de la dicción del mismo resulta, por lo tanto, la necesidad de hacer constar dos series de números: la correspondiente al documento utilizado para identificar a la persona y la correspondiente al identificador fiscal. La dicción reglamentaria, que procede del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, no contempla la posibilidad de que ambas coincidan, cuestión respecto de la cual la regulación actual no permite ninguna duda».

Así pues, viene a decir que si consta el NIE, debe entenderse acreditado también el NIF. Pero lo que no aclara es la duda que surge de la redacción del precepto, según la cual parece que el «número de identificación de extranjeros» y el de su «tarjeta de residencia» pueden ser diferentes.

No basta con hacer constar el NIE, sino que se exige que conste también el número de la tarjeta de residencia. Esto es lógico no solo para el redactado del artículo que se cita, sino también porque en la tarjeta de identidad de extranjero figuran dos números: el que se ha dado en llamar número de soporte (ángulo superior derecho) y el NIE (parte inferior izquierda)

Y eso es lo que, a mi juicio, la Registradora planteaba. Para ella no basta con hacer constar el NIE (cuya equivalencia con el NIF no cuestiona), sino que exige que conste también el número de la tarjeta de residencia. Esta es una cuestión que tiene sentido plantear, si se atiende no solo al redactado

del artículo que cita, sino también al hecho de que en la tarjeta de identidad de extranjero figuran dos números: el que se ha dado en llamar *número de soporte*, que figura en el ángulo superior derecho, y el NIE, que figura en la parte inferior izquierda. Cabe, por lo tanto, preguntarse si basta con hacer constar este último, o si debe hacerse mención también del primero. La respuesta parece que ha de ser negativa, aunque la Dirección, centrándose sobre todo en la equivalencia entre el NIE y el NIF, solo de modo tangencial menciona la normativa que así lo determina.

2. Normativa aplicable

1) La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al establecer, en su art. 1, la delimitación del ámbito, después de dejar claro que «se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, los que carezcan de la nacionalidad española», y que «lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y los tratados internacionales en los que España sea parte», indica:

3.—Los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se registrarán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

La página web del Ministerio del Interior (<http://www.interior.gob.es/extranjeria-28/regimen-general-189>), consultada en fecha 12 de abril de 2013, incluye (sin cita de la norma, pero reproduciendo su redactado) dicho supuesto entre aquellos que «quedan excluidos del ámbito de aplicación de la citada Ley», en referencia a la Ley 4/2000.

2) El actual Reglamento de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, establece:

- En su art. 207, que: «Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse, según corresponda, mediante:

- a) El **pasaporte o documento** de viaje que acredite su identidad.
- b) El **visado**.

c) **La tarjeta de identidad de extranjero.**

Excepcionalmente, podrá acreditarse dicha situación mediante otras autorizaciones o documentos válidamente expedidos a tal fin por las autoridades españolas».

— En su art. 210, regula la tarjeta de identidad de extranjero, señalando, en síntesis:

- a) Es el documento destinado a identificar al extranjero a los efectos de acreditar su situación legal en España.
- b) Deben disponer de ella todos los extranjeros a los que se les haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un periodo superior a seis meses.
- c) Deben solicitarla en el plazo de un mes desde su entrada en España (visado) o desde que la autorización sea concedida o cobre vigencia, respectivamente.
- d) Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de una autorización de residencia y trabajo de temporada.
- e) Corresponderá a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil la organización y gestión de los servicios de expedición de las tarjetas de identidad de extranjero en las oficinas de extranjería o comisarías de policía.

— Y en su art. 206, en relación con el NIE, lo define como un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial, del que serán dotados los extranjeros que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Los extranjeros a cuyo favor se inicie un procedimiento para obtener un documento que les habilite para permanecer en territorio español que no sea un visado; en este caso, deberá ser concedido de oficio por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.
- b) Aquellos a los que se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería; en este caso, deberá ser concedido de oficio por

la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

c) Aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España; en este caso, se deberá interesar de dicho órgano la asignación del indicado número, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que no se encuentren en España en situación irregular.
- Que se comuniquen los motivos por los que solicitan la asignación de dicho número.

Los extranjeros podrán solicitar personalmente el NIE a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, directamente o a través de las oficinas de extranjería o comisarías de policía.

En el caso de que el extranjero no se encuentre en territorio español en el momento de la solicitud, solicitará la asignación de NIE a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, a través de las oficinas consulares de España en el exterior.

El procedimiento habrá de ser resuelto en el plazo máximo de cinco días desde la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

Xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxx xxxxxx
Xxxxx xxxxxxxx xx xxxx x xxxxxx xx
xxx Xxxxxxxxxxxxxx xx xxxxxxx xxxxxx
XXXXXXXXXXXXXX xx xxxxxxx xxxxxx xxxxxx
XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX

3) El art. 3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (que entró en vigor el 28 de marzo de 2007), artículo titulado «Derechos», establece, en su n.º 1, como tales, también en síntesis y por lo que ahora interesa, los de entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo cumplimiento de las formalidades previstas por este y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo.

A continuación, en su n.º 2, extiende dichos derechos a determinados familiares del ciudadano de la Unión, cualquiera que sea su nacionalidad.

Y en su n.º 3 señala que: «Los titulares de los derechos a que se refieren los apartados anteriores que pretendan permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses estarán obligados a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, según el procedimiento establecido en la presente norma».

Es decir, que la disposición de tarjeta de residencia aparece contemplada únicamente en relación con el «familiar de ciudadano de la Unión», y no con el ciudadano en sí, para el cual se prevé la expedición de un certificado de registro. Así se confirma en los arts. 6, 7 y 8, en los que se hace referencia, respectivamente:

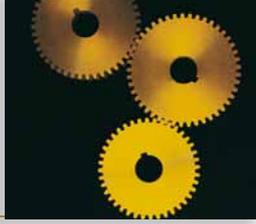
- Al pasaporte o documento de identidad en vigor, como suficiente para la estancia inferior a tres meses.
- Al certificado de inscripción en el Registro Central de Extranjeros, para la residencia por más de tres meses.
- A la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, para la residencia por más de tres meses del familiar que no sea nacional de la Unión.

4) La Orden Ministerial de 7 de febrero de 1997, por la que se regula la tarjeta de extranjero (modificada por la Orden Ministerial de 14 de julio de 2008), al determinar, en su artículo (o número) sexto, el contenido de la tarjeta, incluye, desde luego, el NIE, pero no contiene referencia alguna al llamado *número de soporte*, que tampoco aparece en el ejemplo gráfico del Anexo a dicha Orden, siendo en posteriores emisiones cuando se introdujo el mismo.

Así, la nota informativa elaborada por la Agencia Tributaria en febrero de 2008, y circulada por la Dirección, ya se refiere a ese «*número de soporte*», aunque no le atribuye relevancia específica ninguna.

La tarjeta de identidad de extranjero puede ser, según el número quinto, dos, de la Orden Ministerial:

- Permiso de residencia.
- Permiso de residencia y trabajo.



- Tarjeta de estudiante.
- Tarjeta de régimen comunitario.
- Tarjeta de refugiado.
- Tarjeta de trabajador fronterizo.

Es oportuno distinguir entre lo que serían documentos que permiten la identificación del extranjero y aquellos datos que deben hacerse constar, según los casos, para esa correcta identificación

Cuando la citada nota informativa de la Agencia Tributaria se refiere a las «*variantes posibles para la identificación policial de extranjeros*», recoge dichos distintos tipos de documento, que, además, parecen ser la única referencia impresa en el documento físico. Ello haría lógico plantearse si hay que especificar el tipo de permiso que dicha tarjeta incorpora. Sin embargo, de acuerdo con los números quinto y sexto de la Orden, no parece que pueda concluirse sino que tales especificaciones son menciones de un único documento con regulación legal, cual es la «*tarjeta de identidad de extranjero*». En consecuencia, bastaría con referirse a la misma, sin mayor concreción, y al NIE que incorpora para que la identificación deba considerarse correctamente hecha.

3. Algunas conclusiones generales

Parece oportuno distinguir entre lo que serían documentos que permiten la identificación del extranjero y aquellos datos que deben hacerse constar, según los casos, para esa correcta identificación. Y ello separando los supuestos de extranjero no residente y extranjero residente.

- Al **extranjero no residente** se le identificará, en todo caso, por su pasaporte o documento de identidad de su nacionalidad, cuyos datos se habrán de reseñar sin perjuicio de la referencia que más adelante haremos a los casos en que sea necesario un NIF.
- En cuanto al **extranjero residente**, la regla general es que se identifique con la tarjeta de identidad de extranjero, en la cual constará el NIE, único que



es necesario hacer constar a efectos identificativos, conforme a lo resuelto por la Dirección en la Resolución que comentamos. No es necesario, por lo tanto, hacer referencia ni al «*número de soporte*» ni al tipo de tarjeta (permiso de residencia, tarjeta de estudiante, etc.).

Dicho NIE está integrado por nueve caracteres: una letra inicial, que empezó siendo la X (una vez agotada la serie numérica correspondiente a la letra X, se continuó siguiendo el orden alfabético; así, a partir de julio de 2008, pasó a ser la Y), seguida de siete dígitos o caracteres numéricos y de un código o carácter de verificación alfabético. Puede haber, sin embargo, casos en que el extranjero alegue ser residente, pero no disponer de tarjeta. Esa es, en efecto, la situación respecto del extranjero comunitario, que desde que entró en vigor el nuevo Reglamento de Extranjería no puede tener tarjeta. Con el anterior Reglamento (Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero), si bien se reconocía al ciudadano comunitario que reuniera los requisitos pertinentes su derecho a residir sin tarjeta, se le permitía tenerla si lo solicitaba (art. 6)⁽³⁾. Ahora dicho ciudadano deberá inscribirse en el Registro Central de Extranjeros y solicitar que se le expida un certificado con su NIE, único documento acreditativo de su residencia en España. Pero, dado que tal certificado no acredita la identidad, dicha acreditación deberá hacerse mediante pasaporte o documento de identidad en vigor.

Por el contrario, el extranjero no comunitario que alegue residir legalmente en España sí deberá tener, en principio, tarjeta de identidad de extranjero. Pero también existen casos de excepción a considerar:

- a) Así, hay que tener en cuenta que el art. 210 del Reglamento de Extranjería le concede un mes para solicitar la tarjeta desde que le ha sido expedido el visado o la autorización de residencia.
- b) Y también que están exceptuados de dicha obligación (tarjeta de identidad de extranjero) los titulares de un permiso de residencia y trabajo de temporada.

Fuera de estos supuestos, que habría que acreditar, mi opinión es que no se debe aceptar una mención de residencia en España que no se acredite formalmente. Si atendemos a lo dispuesto en los antes transcritos arts. 207 y 210 del Reglamento de Extranjería, creo que puede aceptarse que el extranjero indique un domicilio en España a los efectos que se consideren pertinentes, pero que el documento notarial no debería dar por buena sin más una manifestación de residencia que no esté debidamente justificada.

Al margen de lo que es la identificación propiamente dicha, pero por la relación que indudablemente presenta con la misma, hacemos una breve referencia al NIF.

En primer lugar, para recordar que el NIE, ya conste en la tarjeta de identidad de

extranjero, ya en el certificado de inscripción en el Registro Central de Extranjeros (caso de ciudadanos comunitarios), es, al mismo tiempo, el NIF del extranjero, conforme a lo previsto en el art. 20 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria⁽⁴⁾.

Si el extranjero no tiene NIE y la operación que va a formalizar exige disponer de NIF (y con independencia de que este pueda acreditarse con posterioridad), el extranjero podrá:

- a) Solicitar el NIE, al que tienen derecho, conforme a lo previsto en el art. 206 del Reglamento de Extranjería, «*aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España*». Teniendo en cuenta, eso sí, que las bases de datos de los ministerios del Interior y de Hacienda no parecen estar lo sincronizadas que sería de desear, con lo que la eficacia del NIE como tal NIF no es inmediata. El procedimiento se detalla en el citado artículo, arriba extractado.
- b) Solicitar el NIF a la Administración Tributaria, conforme al ya citado art. 20 del Real Decreto 1065/2007, que así lo prevé para el caso del extranjero que vaya a realizar operaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Dicho número estará integrado por nueve caracteres: una letra inicial, que será la M, destinada a indicar la naturaleza de este número; siete caracteres alfanuméricos, y un carácter de verificación alfabético. El NIF del extranjero tendrá validez en tanto el titular no obtenga el NIE, obviamente, cuando estuviere obligado a ello⁽⁵⁾.

Excede del ámbito y propósito de estos comentarios, pero no debe dejarse de advertir, que la cuestión relativa a la residencia en España del ciudadano extranjero se complica cuando se habla de *residencia fiscal*, concepto distinto al examinado y básico, no obstante, a la hora de determinar la aplicabilidad o no de normativa como la del Impuesto sobre la Renta de No Residentes y las obligaciones que de la misma se derivan en supuestos de transmisiones de bienes.

III. SOCIEDAD MERCANTIL CON OBJETO PROFESIONAL

La **Resolución de 5 de marzo de 2013** trata de una constitución de SL que tiene

por objeto, entre otras actividades, el asesoramiento en materia administrativa, contable, fiscal, jurídica y laboral.

El Registrador rechaza la inscripción, en el artículo relativo al objeto social, de la referencia al asesoramiento jurídico, por ser «*actividad profesional sometida a la Ley específica 2/2007, de 15 de marzo*».

La Dirección, citando la STS de 18 de julio de 2012, da la razón al Registrador, y anuncia ya el cambio de criterio respecto del que se había venido sosteniendo desde la Resolución de 21 de diciembre de 2007, que fue objeto de anulación por la Audiencia Provincial y, en último término, por la citada Sentencia del Tribunal Supremo. Recordemos que, en el supuesto de dicha Resolución, el objeto social incluía también el «*asesoramiento técnico, financiero, contable, comercial, fiscal, laboral, jurídico*», y que la escritura contenía, igual que en la de la Resolución que comentamos, la clásica previsión de que «*quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad. Cuando la Ley exija para el ejercicio de alguna de las actividades comprendidas en el objeto social algún título profesional, deberá realizarla por medio de persona que ostente la titularidad requerida*».

Pues bien, si en 2007 la Dirección entendía necesario que el Registrador tuviera en cuenta «*no solo la simple y pura literalidad de los términos empleados, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzcan efecto* (cfr. artículos 1281, 1284 y 1285 del Código Civil)», ahora, por el contrario, centra toda su atención en el dato objetivo de lo que se dice que constituye el objeto social.

Así, en 2007, un objeto como el indicado, acompañado de las clásicas previsiones estatutarias antes indicadas, permitió a la Dirección entender que «*no se trata propiamente de la fundación de una sociedad profesional, sino de constituir una sociedad cuya finalidad sea, como admite la Ley especial, "la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino de servir no solo de intermediaria para que sea este último quien la realice, sino también*

de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas».

Se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que, cuando se quiera constituir una sociedad distinta y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente

Ahora, por el contrario:

- Se renuncia a cualquier pretensión de averiguar esa supuesta voluntad de los otorgantes mediante la valoración global de las cláusulas del documento, con el fin de darle el sentido más adecuado para que produzcan efecto.
- Se considera que la citada previsión estatutaria es una «*obvia exigencia legal, pero no resuelve la cuestión central de determinar si la actuación realizada por el profesional la realiza en nombre de la sociedad, como ejecutada directamente bajo la razón o denominación social, y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente, en cuyo caso sería una sociedad profesional, o la realiza bajo su nombre y exclusiva responsabilidad, como profesional, en cuyo caso no estaríamos en presencia de una sociedad profesional*».
- Y, finalmente, se concluye que «*una correcta interpretación de la Ley de Sociedades Profesionales debe llevar al entendimiento de que se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que, cuando se quiera constituir una sociedad distinta y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente*».

La doctrina se ajusta a la repetida STS de 18 de julio de 2012, la cual prioriza, frente a



los criterios hasta ahora defendidos por la Dirección, lo que la Exposición de Motivos de la Ley concreta como la «*creación de certidumbre jurídica sobre las relaciones jurídico-societarias que tienen lugar en el ámbito profesional*».

Se puede estar de acuerdo o no con el cambio de criterio, pero la conclusión indiscutible es que la regulación prevista en la Ley de Sociedades Profesionales dista mucho de ser satisfactoria, y que los problemas no van a acabar a raíz de esta Sentencia del Tribunal Supremo o Resolución de la Dirección. Entre otras cosas, porque el método para conseguir esa certidumbre no deja de ser cambiar una presunción por otra: si con arreglo a la doctrina anterior se entendía que la repetida cláusula de estilo permitía presumir que lo que se constituía no era una propia sociedad profesional, ahora la mera inclusión de un objeto profesional obliga a presumir lo contrario.

Hay que recordar que, en su momento, la cuestión se planteó en términos de gran trascendencia, porque a 16 de diciembre de 2008 vencían los plazos previstos en la disp. trans. 1.ª de la Ley para la Adaptación de las Sociedades Profesionales, que determinaba la disolución de pleno derecho de las que no se hubieran adaptado a la nueva Ley. Y parece haberse olvidado que entonces la Dirección entendió (sin que ello la llevara a recibir apenas reproches) que la mera mención en el objeto de una actividad profesional no debía llevar a la calificación sin más de la sociedad como profesional (y, en su caso, como disuelta, por no haberse adaptado en plazo), porque resultaba de imposible apreciación por el Registrador la concurrencia del requisito previsto en el art. 1-1 LSP del «*ejercicio en común de una actividad profesional*», ya que, según dicha norma, para que el mismo exista, es necesario que «*los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social, y les sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente*».

En cualquier caso, la mayor importancia de la cuestión deriva seguramente de que el régimen de las sociedades profesionales presenta ciertas singularidades que conviene recordar sucintamente, en cuanto se refiere a la responsabilidad por las deudas de la sociedad, que se regula en el art. 11 de la Ley⁽⁶⁾, con arreglo al cual:

- Por las deudas sociales «*generales*» o «*no profesionales*», responde, según el n.º 1, la sociedad, quedando la responsabilidad del socio limitada (en las SA o SL) al valor de su aportación.
- En cambio, con arreglo al n.º 2, tratándose de deudas derivadas de actos profesionales, a la responsabilidad general anterior se le añade la responsabilidad solidaria de los profesionales intervinientes, sean o no socios.

Además, para evitar una eventual presunción de eludir este régimen de responsabilidad reforzada, la disp. adic. 2.ª, n.º 1, de la Ley establece que el mismo «*será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley. Se presumirá que concurre esta circunstancia cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación*».

La inscripción en el Registro Mercantil, por sí misma, no va a dar cobertura a una sociedad para evitar el régimen de responsabilidad de la Ley de Sociedades Profesionales, si se dan las circunstancias previstas en la disp. adic. 2.ª, n.º 1

De acuerdo con lo anterior, la primera pregunta que surge es cuál es la situación al respecto de todas aquellas sociedades constituidas e inscritas al amparo de la anterior doctrina de la Dirección, es decir, sociedades con objeto que incluye una actividad profesional, que, al no decirse lo contrario, la Dirección ha entendido que se trata de una sociedad de medios o intermediación. Porque si en dicha sociedad participan dos o más profesionales que, tal y como dice la norma, «*desarrollan públicamente su actividad bajo una denominación común, o emiten documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación*», les alcanzaría la norma de presunción y, por lo tanto, se les aplicaría el régimen de responsabilidad reforzada del art. 11 LSP.

¿Bastaría para evitar lo anterior el hecho de no reunir los demás requisitos de

constitución de una sociedad profesional y figurar, sin embargo, inscritas en el Registro Mercantil, para invertir la presunción y seguir aplicando la que en su día aplicó la Dirección, para no considerarla sociedad profesional?

Lo dudo, pero creo, en cualquier caso, que el problema no acaba ahí. En mi opinión, la inscripción en el Registro Mercantil, por sí misma, no va a dar cobertura a una sociedad para evitar el régimen de responsabilidad de la Ley de Sociedades Profesionales, si se dan las circunstancias previstas en la disp. adic. 2.ª, n.º 1, es decir:

- a) Una pluralidad de profesionales.
- b) Una actividad profesional en los términos del art. 1.1 de la Ley, esto es, la que exige una determinada titulación e inscripción en el correspondiente colegio profesional.
- c) Un ejercicio colectivo de la actividad, que se presumirá que existe cuando se desarrolla bajo una denominación común, o cuando bajo la misma se emiten facturas, minutas o recibos.

Y ello ocurre no solo con las sociedades inscritas como «*presuntamente no profesionales*» al amparo de la anterior doctrina de la Dirección, sino también con aquellas que, antes o ahora, se constituyen e inscriban como teóricas sociedades de intermediación o de medios y, sin embargo, reúnan esos requisitos para la aplicación de la responsabilidad extendida de la disp. adic. 2.ª, n.º 1.

Obviamente, la presunción legal podrá ser destruida por prueba en contrario, pero, en todo caso, los interesados deben saber con certeza qué tipo de sociedad quieren constituir y qué tipo de sociedad (y con qué régimen de responsabilidad) están realmente constituyendo, porque, en principio, una sociedad de medios o de comunicación de ganancias no realiza actividad alguna, profesional o no profesional, en el mercado, y, por lo tanto, no podría emitir facturas al cliente, mientras que la sociedad de intermediación sí lo hace, aunque su actividad no tiene carácter profesional, de modo que la factura que emita no podría ser una factura por servicios profesionales. Si así se hiciera, y se dieran los demás requisitos de la disp. adic. 2.ª, n.º 1, podría resultar difícil destruir la presunción legal de ejercicio colectivo de la actividad y evitar la extensión

de responsabilidad a los profesionales intervinientes.

IV. USUFRUCTO GANANCIAL vs. USUFRUCTO CONJUNTO Y SUCESIVO

La posibilidad de constituir un usufructo conjunto sobre un bien ganancial ha sido reconocida desde hace ya tiempo por la Dirección. La principal cuestión que habitualmente ha sido objeto de dudas y controversia se ha planteado en relación con la necesidad de incluir el derecho de usufructo en la liquidación de gananciales al fallecimiento de uno de los cónyuges. Esta materia ha sido objeto de tratamiento por la Dirección no solo con ocasión de una sucesión hereditaria, sino, incluso con mayor frecuencia, ante la pretensión de efectuar algún acto de disposición sobre la finca sin haber practicado la liquidación de gananciales.

Así, en la **Resolución de 30 de junio de 2012**, constando inscrito en el Registro un usufructo comprado por el marido, casado en gananciales, se pretende su cancelación al fallecimiento del mismo, alegando el Registrador que, tratándose de un derecho ganancial, hay que incluirlo en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Y en la **Resolución de 28 de noviembre de 2012** se trata de una finca inscrita a nombre del hijo en nuda propiedad por

venta que le hicieron sus padres, casados en gananciales, con reserva del usufructo vitalicio, «*que se extinguirá al fallecimiento del último de ellos*». Fallecido el marido, su viuda y el hijo pretenden disponer de la finca, exigiendo la Registradora que previamente se liquide la sociedad de gananciales o, cuando menos, que intervengan los herederos del marido difunto.

En el estudio de la materia, parece haberse impuesto la necesidad, a la hora de abordarla con pretensión de una cierta claridad, de distinguir entre lo que es la titularidad del derecho, por una parte, y su posible carácter ganancial, por otra⁽⁷⁾.

Esa titularidad va a determinar, en unos casos, la duración del usufructo, de modo que, una vez fallecido el titular, queda extinguido el usufructo, pero no siempre va a ser así, y la Dirección pone como ejemplo, en la Resolución de 30 de junio de 2012, el caso de venta del usufructo, que hace que el mismo pase a ser de titularidad del comprador, pero que su duración siga viniendo determinada por la vida del vendedor.

Pues bien, trasladando la cuestión al ámbito que tratamos, que es el del usufructo titularidad de cónyuge o cónyuges casados en régimen de gananciales, puede ocurrir algo parecido.

Salvo error u omisión, cuatro resoluciones de la Dirección han sido las que han dado lugar a los estudios más interesantes

sobre la materia: las de 10 de julio de 1975, 31 de enero de 1979, 21 de enero de 1991 y 25 de febrero de 1993. Y todas ellas aparecen citadas en una u otra de las dos resoluciones que comentamos, si no en ambas⁽⁸⁾.

Con intención didáctica, la Resolución de 28 de noviembre de 2012 plantea algunas hipótesis y ofrece su correspondiente solución, señalando, en apoyo de la misma, una, otra o varias de las cuatro resoluciones que hemos citado, a las que resulta necesario acudir para intentar entender cuál es, en último término, la doctrina del Centro Directivo. Asumiendo los riesgos de la simplificación, podría decirse que dicha doctrina tiene tres pilares básicos:

- 1) Que, como excepción a la regla general de los arts. 392 y 393 CC, relativos a la comunidad romana por cuotas, el usufructo conjunto a favor de varias personas a que se refiere el art. 469 CC constituye una comunidad que (calificada o no de *germánica*) provoca en todo caso que, al fallecimiento de una de ellas, se produzca el acrecimiento a la otra que prevé el art. 521 CC.
- 2) Esta regla no se ve alterada por el hecho de que dichas personas estén casadas en régimen de gananciales y el usufructo reúna los requisitos generales de un derecho de carácter ganancial.
- 3) Sin embargo, ese usufructo de carácter ganancial se ve sustancialmente modificado, en relación con los efectos derivados del fallecimiento de uno de los cónyuges, cuando al mismo se le añade convencionalmente la consideración de «*sucesivo*».

A partir de ahí, y esquematizando también, la Dirección distingue entre el supuesto de titularidad individual de uno de los cónyuges y el de titularidad conjunta de ambos, planteándose a continuación las consecuencias derivadas de la defunción de alguno de ellos:

- A) La hipótesis de titularidad individual trataría del supuesto en que Juan, casado en gananciales con María, adquiere a título oneroso el usufructo vitalicio de la finca. Nos encontramos con un derecho de usufructo cuya titularidad corresponde a Juan, sin perjuicio de que tenga carácter ganancial y de que, como tal, en el Registro aparezca inscrito «*para la sociedad de gananciales*» o «*con*





carácter presuntivamente ganancial», en función de lo que se hubiere hecho constar en el título de adquisición.

A.1) Fallece Juan. Es el caso de la Resolución de 30 de junio, que la Dirección resuelve aplicando la doctrina contenida en la Resolución de 31 de enero de 1979, en la que apoya su recurso el Notario. Falleciendo el adquirente, desaparece el titular del derecho, la persona «*a cuya vida está unida la existencia de este derecho*», el cual, en consecuencia, quedará extinguido por aplicación del art. 513.1 CC, consolidándose el pleno dominio en los nudos propietarios y, dice la Dirección, «*siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal*».

A.2) Fallece María. Es el supuesto preciso que la Dirección resuelve en 1979. Si el que fallece es el cónyuge del adquirente, el usufructo subsiste hasta tanto no fallezca su titular. Y es precisamente la subsistencia del usufructo, unida al fallecimiento de uno de los cónyuges, lo que obliga a determinar los derechos de los implicados, en particular, los herederos del cónyuge difunto.

No existe titularidad conjunta, sino que, «*por el contrario, se trata de la adquisición por una única usufructuaria, con la particularidad de que dicha compra, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 1401, tiene el carácter de ganancial*».

La consecuencia de todo ello es que «*resulta necesario que a la muerte del otro esposo se requiera o que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudique el bien en la forma que estimen todos los interesados, o que al menos consientan los herederos del marido en la transmisión operada*».

B) Juan y María, casados en gananciales, adquieren el usufructo vitalicio de la finca sin prevención adicional alguna. Surge una titularidad conjunta de un derecho de usufructo de carácter ganancial. Fallece uno de ellos: el usufructo subsiste hasta el fallecimiento del otro cónyuge, pero ingresa en la masa ganancial disuelta y pendiente de liquidación, liquidación en la que puede in-

cluso ser adjudicado a los herederos del premuerto.

Aunque la Dirección cita como apoyo o referencia las resoluciones de 31 de enero de 1979 y de 25 de febrero de 1993, ni en una ni en otra se da una coincidencia plena con el caso hipotético que plantea: en la Resolución de 1979, porque, como acabamos de ver, había un solo titular, y en esta lo son los dos cónyuges; en la de 1993, porque en realidad el título de adquisición incluye ese «*pacto de acaecimiento entre los esposos inscrito en el Registro*» de que hablaba la Resolución de 1979, al que, sin embargo, la Dirección no atribuye eficacia, por haber sido estipulado en el año 1972, cuando el Código Civil todavía no permitía la contratación entre cónyuges⁽⁹⁾.

En relación con la adquisición de usufructo en favor de los dos y, a partir de la muerte de uno de ellos, en favor del cónyuge que sobreviva, su solución depende de la calificación de bien privativo o ganancial que haya de darse al derecho de usufructo

Interesa hacer notar que, en esta Resolución de 1993, la Dirección indica, en relación con la adquisición de usufructo «*en favor de los dos y, a partir de la muerte de uno de ellos, en favor del cónyuge que sobreviva*», que «*la solución de esta cuestión depende de la calificación de bien **privativo o ganancial** que haya de darse al derecho de usufructo*», pareciendo resolver, por lo tanto, que de no resultar ganancial, habría que considerarlo privativo, cuestión que en seguida veremos cómo posteriormente matiza.

C) El otro supuesto de titularidad conjunta se refiere al caso de que, cuando Juan y María, casados en gananciales, adquieren conjuntamente el usufructo vitalicio, se agrega, además, que es «*sucesivo*».

En el caso de la Resolución de 28 de noviembre de 2012, la cual, como decíamos, trata de la disposición de una finca por parte de la viuda y el nudo propietario, realmente la constitución del usufructo con dicho carácter se ha-

bía realizado por vía de reserva al transmitirse la nuda propiedad: la escritura decía, concretamente, «*con reserva del usufructo vitalicio, que se extinguirá al fallecimiento del último de ellos, venden la nuda propiedad de esta finca*», pero la inscripción se practicó «*a favor de don E. T. M y doña J. M. J. con carácter ganancial*». La Dirección critica «*los términos equívocos en que está practicada dicha inscripción [que] obligan, para resolver el presente recurso, a determinar previamente el **carácter ganancial o conjunto y sucesivo** que se debe entender atribuido al citado usufructo, pues si por un lado se indica su carácter ganancial, por otro se especifica que solo se extinguirá al fallecimiento del cónyuge sobreviviente*».

Nótese que ahora la contraposición ya no es entre usufructo ganancial y usufructo privativo, sino entre usufructo ganancial y usufructo conjunto y sucesivo, señalando la Dirección que «*la indicación contenida en el título constitutivo al reservarse el usufructo (constitución por deductio) de que “no se extinguirá hasta el fallecimiento del último de ellos” [de los cónyuges] implica una **modalización** del régimen de la sociedad de gananciales que debe interpretarse en la forma más adecuada para que produzca efectos, conforme al artículo 1284 del Código Civil, y no sea una cláusula inútil o redundante*».

La Dirección confirma así que el usufructo de titularidad conjunta sobre bienes gananciales no se extingue sino a la muerte del último de los usufructuarios, pero, salvo «*previsión o pacto de acrecimiento*», el mismo no pierde su carácter (que podríamos calificar de) «*cient por cien*» ganancial y, por lo tanto, al fallecimiento del primero de los cónyuges, debe incluirse en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Si, por el contrario, existe esa previsión o pacto, el usufructo ve moralizada su condición de ganancial, acrece al cónyuge superviviente y, por lo tanto, no debe incluirse en la liquidación. En relación con esa previsión de acrecimiento, la Dirección realiza dos pronunciamientos importantes:

a) En primer lugar, respecto al fundamento de esta postura, señala que «*es obvio que si los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial (cfr. v. gr. Resolución de*

25 de septiembre de 1990), pactando o no compensación a cargo de los bienes privativos y **causalizando** tal desplazamiento, conforme al principio de libertad de contratación entre cónyuges (cfr. artículo 1323 del Código Civil), también han de poder pactar respecto de un usufructo ganancial su carácter de sucesivo, de forma que persista íntegro y no se consolide ni total ni parcialmente con la nuda propiedad sino hasta el momento del fallecimiento del sobreviviente, acreciendo, entre tanto, la parte vacante por fallecimiento del premuerto al superviviente, conforme a lo pactado en el título de su constitución, en este caso, por vía de reserva (cfr. artículo 467 del Código Civil)».

- b) En segundo lugar, en relación con la forma en que puede hacerse esa atribución (y lo que ha sido más discutido: esa causalización), a la Dirección le parece suficiente —en base «al principio de innecesariedad de utilización de fórmulas sacramentales consagrado por esta Dirección General (cfr. resoluciones de 3 de noviembre de 2001 y de 9 de marzo de 2012)»— la mención en el título de que el usufructo se adquiere o se reserva por los cónyuges con carácter sucesivo (sea esa la expresión o alguna otra de las habitualmente utilizadas: «no se extinguirá hasta el fallecimiento del último», etc.). «Esta cláusula significa que, a pesar de estar constituido [...] sobre bienes gananciales, el usufructo pasa al cónyuge superviviente y queda excluido de la liquidación de gananciales».

La única aproximación a una causa típica la hemos visto en la Resolución de 21 de enero de 1991, en donde la Dirección habla de la posibilidad de donación *inter vivos*, frente a la idea del Registrador, asumida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de que se estaba ante una donación *mortis causa*, prohibida de acuerdo con el art. 1271 CC. Hoy en día, sin embargo, admitido desde hace tiempo el negocio de «comunicación de bienes» entre cónyuges sin más necesidad que la constancia de su carácter oneroso o gratuito, creo que resultaría ciertamente difícil exigir una mayor causalización para admitir el pacto estudiado.

V. DACIÓN EN PAGO BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA

El supuesto de hecho que da lugar a las resoluciones que vamos a comentar parece bastante asociado a un entorno de crisis económica, que lleva a acreedores y deudores a buscar fórmulas alternativas para la satisfacción de las deudas. Cuando esas fórmulas, de un modo u otro, incorporan algún tipo de facilidad o flexibilización para el pago de la deuda, e introducen algún bien propiedad del deudor (en el caso, bienes inmuebles) como posible forma de pago, aparece el «fantasma» del pacto comisorio, amenazando la licitud de la propuesta.

Para analizar cuándo se da y cuándo no esa licitud, es imprescindible recordar la **Resolución de 13 de marzo de 2000**, que se cita en las dos que vamos a comentar y que sustenta, según los recurrentes, la validez del negocio que se instrumenta.

La Resolución de 13 de marzo de 2000 refiere el supuesto de una escritura autorizada por Rodrigo Tena, Notario de Madrid, en la que una sociedad reconoce adeudar a unos profesionales una determinada cantidad en concepto de honorarios, regula unas formas alternativas de pago y, finalmente, se establece que «en el supuesto de que los acreedores no hayan recibido el pago de la deuda en alguna de las formas previstas, y bajo la condición suspensiva antedicha, la entidad constructora da en pago, a cada uno de los acreedores, determinadas plazas de garaje que se describen en la escritura».

El Registrador de la Propiedad califica negativamente la escritura, y en su informe señala que la dación en pago de deudas sujeta a condición suspensiva se asimila a la compraventa en garantía e implica que estamos en presencia de un pacto comisorio (arts. 1859 y 1884 CC), ya que el acreedor persigue un fin prohibido legalmente (apropiarse de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito) y, por lo tanto, nulo radicalmente.

El Notario informa, en resumen, en los siguientes términos:

- a) Que **lo fundamental es atender a la causa** del negocio, que es la que mejor revela la voluntad de las partes, y no podemos incluir en la prohibición de comiso aquellos supuestos en los que la falta de pago es un simple presupuesto de una auténtica transmisión, sino solo

aquellos en los que se busca fundamentalmente la garantía.

- b) Que, en este caso, no se busca la garantía, sino la liquidación de la deuda a través de una **dación en pago actual** de una **deuda** perfectamente causalizada que tiene un origen anterior a la escritura, que es **exigible** y que no está garantizada; lo que los acreedores **buscan es la liquidación de la deuda** en el plazo más breve posible, preferentemente, en metálico, y prueba de ello son las variadas posibilidades de pago que se ofrecen y los sucesivos aplazamientos acordados para facilitar esa primera solución.
- c) Que, por lo tanto, **el Registrador pretende tergiversar** la voluntad de las partes, al pensar que el acreedor consiente en prorrogar el vencimiento del crédito a cambio de que se le garantice el pago de la deuda con un bien que, en caso de incumplimiento, podrá ser objeto de apropiación.
- d) Señalando que, aunque así fuere, hay argumentos para excluir el juego de la prohibición, que son los que defienden la validez del pacto *ex intervallo*, y el mismo Tribunal Supremo es permisivo en este punto (entre otras, STS de 7 de febrero de 1989).

En el presente supuesto, la dación en pago, más que garantía de un préstamo impuesta por el prestamista, tiene una finalidad solutoria

Aunque el Presidente del Tribunal Superior de Justicia da la razón al Registrador, la Dirección acaba por resolver a favor del recurrente, acogiendo las razones del Notario, al decir:

En el presente supuesto, la dación en pago, más que garantía de un préstamo impuesta por el prestamista, tiene una finalidad solutoria, puesto que:

a) Por una parte, la deuda está ya vendida y es exigible.

b) Por otra, el hecho de que la misma esté sometida a diversas condiciones suspensivas y el alargamiento del plazo por los acreedores revele que lo queri-



do por los mismos es el pago de lo que se les adeuda, y no el abuso de su posición, que se podría haber dado con más claridad si no existiera la condición.

A continuación, la Dirección hace una interesante referencia a que «el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva no puede presumirse, ni esta aplicarse extensivamente».

Por lo tanto, el argumento principal sobre la base del cual se resuelve es el de excluir que la finalidad de la operación sea de garantía, y ello lo basa en que la deuda está vencida y es exigible, así como en el alargamiento del plazo por los acreedores y el mismo sometimiento de la dación a la condición suspensiva.

Pues bien, con este antecedente, se publican dos resoluciones con supuestos de hecho similares, y en las que hay que adelantar que la Dirección rechaza la dación en pago sujeta a condición suspensiva.

La primera es la **Resolución de 20 de julio de 2012**, en la que los hechos son los siguientes: un reconocimiento de deuda, en concepto de préstamo, que el deudor se obliga a devolver en el plazo de treinta días, con unos intereses del 20 %. En la misma escritura se pacta una dación en pago del deudor a favor del acreedor, sujeta a la condición suspensiva de que a la fecha prevista para la devolución de la cantidad adeudada no se hubiere hecho esta efectiva, circunstancia que se acreditaría por acta notarial de requerimiento de pago; si, por el contrario, del acta resultare que se había efectuado el pago, la transmisión devendría ineficaz.

Llega el día previsto y se requiere de pago al deudor mediante acta notarial por correo certificado con acuse de recibo, de la que no resulta actuación ni respuesta alguna por dicho deudor.

La Registradora entiende que se trata de un pacto comisorio prohibido y la Dirección así lo entiende, calificando el supuesto de «construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, puede apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor [...], que en aplicación de la jurisprudencia y doctrina expuestas obliga a su rechazo registral».

Ciertamente, si la razón que llevó a la Dirección a aceptar el supuesto de la Resolución del año 2000 era la consideración de

su finalidad solutoria, frente a la prohibida de garantía, parece que ciertas circunstancias permiten sospechar que, en este caso, puede ser al contrario. En este sentido, la Dirección llama la atención sobre el hecho de que «no solo se está reconociendo la existencia de una deuda líquida [...], sino que, además, se fija un plazo para su pago [...] y se pacta que hasta dicha fecha se devenguen intereses remuneratorios [...], de forma y manera que en la fecha en que se formaliza la dación en pago no se trata de una deuda líquida, vencida y exigible (a diferencia de lo que sucedía en el caso resuelto por la Resolución de 13 de marzo de 2000, citada por el recurrente)».

Es decir, que de los dos elementos que se consideraron que fundamentaban la idea de la finalidad solutoria en el caso anterior falta ahora el primero, puesto que no tenemos una deuda vencida y exigible. Y no la tenemos porque, dice la Dirección, se están pactando unos intereses y se está fijando un plazo para pagar capital e intereses. Aquí la Dirección no parece considerar el plazo como argumento de apoyo de la interpretación de esa finalidad solutoria, entendemos que porque, tratándose de un préstamo formalizado el mismo día (se supone que simultáneamente), la concesión de un plazo para su devolución es consustancial a la naturaleza del contrato y al interés más elemental del prestatario, y no contribuye a revelar ninguna intención solutoria en la dación en pago.

Por su parte, en la segunda, **Resolución de 22 de febrero de 2013**, existe de nuevo un reconocimiento de deuda, en este caso, derivada de ciertos trabajos de construcción, una parte de la cual se paga mediante la entrega de un cheque, y en cuanto al resto, se constituye por la deudora, a favor de la acreedora, un derecho de opción de dación en pago recayente sobre diferentes inmuebles, a ejercitar dentro de determinado plazo que se inicia unos años después del otorgamiento de la escritura. Se añade la previsión de que quedaría extinguido el derecho de opción por el pago de la deuda antes de su ejercicio, pago que podría hacerse con la venta de los inmuebles, destinando necesariamente al mismo el precio obtenido (con reducciones de innecesaria mención ahora), y venta para la cual se incluye una concesión al optante de la gestión, en determinadas condiciones.

Pues bien, con todos estos elementos, la Dirección sorprende un tanto calificando el

supuesto como de *pacto comisorio prohibido*, dada su finalidad de garantía, y lo equipara no al de la Resolución de 13 de marzo de 2000, sino al de la Resolución de 20 de julio de 2012, con mención expresa de esta.

¿Cuál es el argumento? Pues, en esencia, entender que la concesión de un aplazamiento para el pago y para la efectividad de la transmisión, que en el año 2000 permitía apoyar la interpretación de la finalidad solutoria de la operación, implica ahora, en cambio, su consideración como de garantía.

Y digo que resulta un tanto sorprendente porque:

- Por un lado, el supuesto (más complejo, sin duda, en este caso, por el conjunto de su instrumentación) no parece esencialmente distinto al de entonces. Y si en aquel momento, previéndose como se preveía un plazo para el pago, se dijo y aceptó expresamente que la deuda estaba vencida y era exigible, no se entiende por qué ahora ese plazo supone que «durante ese tiempo **se mantiene la deuda como no exigible**, sin que el concedente esté obligado a pagarla».
- Por otro, porque el resto de los argumentos que apoyaban entonces una tesis son los mismos que ahora apoyan la opuesta:
 - Así, ese mismo aplazamiento, que entonces revelaba que lo querido por los acreedores «es el pago de lo que se les adeuda, y no el abuso de su posición», ahora significa todo lo contrario.
 - Si entonces se argumentaba a favor de la finalidad solutoria «el hecho de que [la dación en pago] esté sometida a diversas condiciones suspensivas», ahora resulta que la finalidad de garantía resulta apreciable, por cuanto hasta el momento en que nace la facultad de optar «la entidad acreedora cuenta con la garantía de la opción que todavía no puede ejercitar o consumir, pero sí hacerla valer como derecho preferente frente a cualquier otro derecho que pueda constituir en ese tiempo el dueño de las fincas».
 - Si en su día resultaron convincentes los argumentos del Notario de que constituían prueba de esa finalidad solutoria «las variadas posibilidades de pago que se ofrecen», ahora esas

posibilidades se vuelven en contra de dicha interpretación, porque, si se permite al deudor pagar la deuda con el precio obtenido por la venta de las fincas, antes de que el acreedor ejercite la opción, en realidad lo que ello implica es que «en ese lapso de tiempo se refuerza la garantía del optante al establecer una limitación a la facultad dispositiva del dueño, que puede vender, pero pagando la deuda en la misma escritura de compraventa».

A pesar de que, como decía, en su instrumentación el supuesto es bastante más complejo que el de la Resolución del año 2000, los elementos sustanciales parecen coincidir: una deuda reconocida, a satisfacer por determinados medios, no utilizándose los cuales entraría en juego la dación en pago prevista. Una diferencia que sí cabe apreciar es que, si bien en el caso resuelto en el año 2000 los efectos de la dación estaban «automatizados», en caso de no utilizarse dichos medios de pago alternativos, ahora se prevén como facultad del acreedor, que podrá ejercitar la opción o no. Sin embargo, no es este el obstáculo que la Dirección aprecia para la admisibilidad del negocio, sino el entendimiento de que el mismo implica la no exigibilidad de la deuda hasta el momento en que el acreedor puede ejercitar la opción.

Lo que es consecuencia del contenido de las resoluciones estudiadas es la posibilidad de la utilización de la dación en pago sujeta a condición suspensiva como modo de extinción de una deuda, siempre que esta no haya perdido su condición de vencida y exigible

Dejando al margen lo discutible de que unos elementos que en un caso apoyan una argumentación se puedan convertir en argumentos a favor de la posición contraria, lo que sí parece resultar consecuencia del contenido de las resoluciones estudiadas es la posibilidad de la utilización de la dación en pago sujeta a condición suspensiva como modo de extinción de una deuda, siempre que esta no haya perdido su condición de vencida y exigible. Y también que, tal y como se reconoció en la Resolución de 2000, el hecho de pactar un plazo para

el pago no implica necesariamente que la obligación deje de ser exigible: confirmándose el plazo como un mero elemento accesorio de la forma de pago acordada de una obligación vencida y exigible, y la dación como una alternativa para el caso de no efectuarse el pago en dicha forma, parece que debería admitirse el negocio; más aún cuando, como se reconoce expresamente en la Resolución del año 2000, «el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva no puede presumirse, ni esta aplicarse extensivamente».

VI. HIPOTECA EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL FIADOR

Dos resoluciones recientes (tres, en realidad, aunque las dos últimas son idénticas) tratan sobre la posibilidad de garantizar al fiador el futuro crédito que surgiría a su favor para verse reembolsado por el deudor si, por no haber cumplido este su obligación, se ve obligado dicho fiador a hacerlo en su lugar.

La **particularidad** de estas resoluciones radica en que **la fianza se ha constituido sobre varias obligaciones de dicho deudor principal**, por lo que se plantea si la garantía real a favor de aquel encaja entre las posibilidades que nuestro Derecho reconoce.

En la **Resolución de 28 de junio de 2012** se plantea la Dirección si puede inscribirse una hipoteca de máximo constituida en garantía de una línea de afianzamiento concedida por una sociedad de garantía recíproca por las deudas de uno de los socios partícipes de la misma.

De entre las distintas posibles hipotecas de máximo, la Dirección señala:

- Que la constituida no encaja entre las reguladas por el **art. 153 LH**, puesto que no se trata de garantizar el saldo derivado de la apertura de una cuenta corriente.
- Y descarta también que quepa su constitución al amparo del **art. 153 bis LH**, porque el mismo solo es aplicable a las hipotecas constituidas a favor de Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios, Seguridad Social o entidades financieras reguladas por la Ley 2/1981, de 5 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, entre las que no se incluye a las sociedades de garantía recíproca.

Y entra a analizar si cabe su constitución conforme a la regulación de las hipotecas en garantía de obligaciones futuras contenida en los **arts. 142 y 143 LH y 238 RH**.

Si cabe la «fianza en garantía de deudas futuras» conforme al art. 1825 CC, debe admitirse también que la obligación derivada de la fianza pueda ser objeto de hipoteca en garantía de obligación futura

Al respecto, empieza por señalar que «la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1994 no admitió la hipoteca en garantía de avales a favor de una sociedad de garantía recíproca porque, al no existir todavía la deuda, se podría crear una reserva de rango carente de un legítimo interés actual, y porque exigía la existencia de una relación jurídica básica que vincule ya al deudor».

Dicho así, no se entiende muy bien el cambio de criterio, que en realidad no existe, dado que en la Resolución de 1994 el caso es sustancialmente distinto, pues la hipoteca se constituye «en garantía de cualquier cantidad que esta última [la sociedad de garantía recíproca] hubiere de satisfacer en cumplimiento del aval concedido y de los que se pudieran conceder en el plazo máximo de quince años». Es decir, no es que la obligación sea futura, sino que los presupuestos básicos de su existencia y determinabilidad (la constitución de la fianza o aval) son actualmente inexistentes.

En el caso de la Resolución presente, en cambio, la Dirección descarta que exista «una simple reserva de rango, pues se cumplen los requisitos de la hipoteca en garantía de obligación futura establecidos en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria».

«El único obstáculo», sigue diciendo la Dirección, «lo podría representar la expresión “en garantía de obligación futura”, que emplea en singular el art. 142 LH, pero, en este caso, el acto básico del que surgen las obligaciones es unitario, al existir un solo contrato de afianzamiento y referirse la hipoteca únicamente a las obligaciones derivadas de la fianza».

Añade la Dirección a dicho argumento el de que si cabe la «fianza en garantía de



deudas futuras» conforme al art. 1825 CC, debe admitirse también que la obligación derivada de la fianza pueda ser objeto de hipoteca en garantía de obligación futura⁽¹⁰⁾.

De nuevo, el planteamiento resulta confuso: no se trata de que las obligaciones que se pueden garantizar mediante fianza sean **futuras**, sino de que sean **varias obligaciones**, futuras o no. Y, en último término, si dicha posibilidad existe también cuando hablamos de una garantía real, como la hipoteca.

Pues bien, curiosamente es la misma Resolución de 1994 que cita la Dirección al resolver ahora la que empieza *«advirtiendo, de entrada, que, por los efectos jurídicos reales y por su implicación en cuestiones de preferencia en conflictos de intereses que no son solo los del deudor y los del acreedor, la constitución de hipoteca en garantía de deudas futuras puede tener una solución más restrictiva que la constitución de fianza en garantía de deudas futuras»*. Y es que, en efecto, la fianza no está sujeta, como la hipoteca, al principio de especialidad, que, salvo las excepciones legalmente previstas, vincula la garantía a una sola obligación, presente o futura.

En consecuencia, la cuestión se concreta en resolver si en el caso de la hipoteca de máximo en garantía de una línea de afianzamiento se vulnera o no ese principio, y la respuesta, sin necesidad de búsqueda de símiles, la ha dado ya antes la Dirección, al señalar que *«en este caso, el acto básico del que surgen las obligaciones es unitario, al existir un solo contrato de afianzamiento y referirse la hipoteca únicamente a las obligaciones derivadas de la fianza»*.

Dicho lo cual, sin embargo, la Dirección rechaza la inscripción, porque **la escritura no hace referencia a los arts. 142 y 143 LH, ni a la forma de concreción del nacimiento en su momento de la obligación futura, conforme a lo previsto en el art. 238 RH**, extremos que no pueden hacerse constar de oficio por el Registrador.

Es cierto que si la hipoteca encaja en el supuesto regulado, y solo en ese, la no mención de los artículos en que se apoya esa constitución no parecería argumento de peso para vetar la inscripción.

Sin embargo, también lo es que, conforme al art. 238 RH, si *«para hacer constar en el Registro que se han contraído las obligacio-*



nes futuras de que trata el art. 143 de la Ley, presentará cualquiera de los interesados al Registrador copia del documento público que así lo acredite, y, en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes», puede resultar comprensible no inscribir una hipoteca de este tipo cuando:

- No consta de modo expreso que sea efectivamente lo que se ha querido constituir.
- No se ha determinado qué tipo de documento público se habrá de presentar en su momento para acreditar que la obligación ha nacido porque el deudor principal ha incumplido y el fiador ha pagado por él.
- Y tampoco puede deducirse al menos que, mediante la referencia a los citados artículos, existe una asunción por el acreedor de la circunstancia de que, a falta de dicho documento público, la eficacia final de la garantía va a quedar condicionada a esa solicitud, que, de no ser suscrita también por el deudor, obligará a dicho acreedor a acudir al Juzgado.

Por su parte, las **resoluciones de 2 y 3 de enero de 2013** tratan la constitución de *prenda sin desplazamiento* de posesión en garantía de la deuda que pueda surgir a cargo de una sociedad cooperativa a favor de un socio de la misma como consecuencia de las cantidades que, en su caso, este haya de abonar en su calidad de fiador solidario en **dos pólizas de préstamo** relacionadas en la propia escritura de constitución. Se

señala una responsabilidad máxima y un plazo de duración de la garantía.

La Dirección empieza por señalar que lo predicable en relación con la hipoteca en garantía de obligación futura, en cuanto hipoteca propiamente dicha y no simple reserva de rango (cfr. Resolución de 26 de julio de 2012), es predicable igualmente respecto del derecho real de prenda sin desplazamiento de posesión, tanto por la analogía existente entre ambos supuestos, dada la identidad de razón que en los mismos se advierte (art. 4, n.º 1 CC), como por la aplicación supletoria de la Ley Hipotecaria prevista en la disp. adic. 3.ª de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

El principio de especialidad, en cuanto impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba, no permite constituir un solo derecho de prenda (o de hipoteca) que garantice varias obligaciones futuras sin un nexo causal común

Pero la diferencia que aprecia aquí respecto del supuesto de la Resolución de julio es que las obligaciones futuras garantizadas (las de reembolsar o indemnizar al fiador por parte del deudor, ex art. 1838 CC) son tantas como contratos afianzados (dos préstamos). Y el razonamiento que en la Resolución de julio no hace la Dirección sí se incluye en estas resoluciones, señalando cómo el principio de especialidad, en cuanto impone *«la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. arts. 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario)»*, no permite constituir un solo derecho de prenda (o de hipoteca) que garantice varias obligaciones futuras sin un nexo causal común⁽¹¹⁾.

Sin embargo, y después de recordar los requisitos para la admisión de la hipoteca en garantía de cuenta de crédito⁽¹²⁾, recuerda también su doctrina de que:

La máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede

mantenerse como principio absoluto y axiomático. En este sentido, cabe admitir la constitución de una única hipoteca (y lo mismo ha de entenderse respecto del derecho de prenda) como cobertura de distintas obligaciones:

— Cuando estas tienen conexión causal entre sí o relación de dependencia recíproca [...].

— Siempre que las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores.

Y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones, de suerte que aquella **quede debidamente supeditada a estas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad** (cfr. resoluciones de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 y 17 de marzo y 24 de abril de 2008).

XXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXXXX XX XXXX X XXXXX XX
XXX XXXXXXXXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX
XXXXXXXXXX XXXXXXXXX

Además:

Cuando esas diversas obligaciones garantizadas mediante una relación hipotecaria de carácter unitario **no estén sometidas al mismo régimen jurídico y tengan distinto título**, para conseguir su efectividad hipotecaria será necesario, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, «por exigencias de determinación del derecho real constituido –artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria–, **establecer separadamente la cantidad que respecto de cada obligación cubrirá la garantía**» (cfr. resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935, 26 y 31 de octubre de 1984, 20 de mayo y 23 y 26 de octubre de 1987, 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 y 17 de marzo y 24 de abril de 2008). Así lo exige también la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991, pues «fijada así la extensión de la hipoteca, ello afecta a los terceros que contraten fundados en el contenido del Registro en virtud del principio de publicidad».

Y, en el supuesto concreto, no se dan todas esas condiciones; más concretamente, faltan la primera y la última, porque:



- Se trata de dos pólizas de préstamo distintas, no conectadas causalmente entre sí.
- Con distinto régimen y título contractual⁽¹³⁾.

A modo de **conclusión**, podríamos entender que, en la Resolución de julio de 2012, se habría admitido la hipoteca (de haberse cumplido los requisitos formales que la Dirección señala), por cuanto, al estar constituida como contragarantía de una línea de afianzamiento, lo que se está garantizando es la obligación, única, de reembolso a cargo del deudor de cuanto el fiador hubiere pagado por la suma de la obligación o las obligaciones incumplidas por aquel.

En cambio, en las resoluciones de enero de 2013, el rechazo radica en que las obligaciones futuras son varias y no tienen un nexo causal entre sí que haga que la hipoteca quede enlazada con todas esas distintas obligaciones, con lo cual se produciría esa posibilidad que la Dirección rechaza de que la hipoteca «flote» sobre las distintas obligaciones y el acreedor pueda decidir sobre cuál de ellas la «deja caer».

VII. ESCRITURAS OTORGADAS POR ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD MERCANTIL CON CARGO NO INSCRITO

Las resoluciones de 5 de octubre de 2012 y de 6 de noviembre de 2012 rechazan la inscripción en el Registro de la

Propiedad de determinadas escrituras (de compraventa y de novación de préstamo, respectivamente) otorgadas por el administrador de una sociedad, por el defecto de no constar dicho cargo inscrito en el Registro Mercantil, y a pesar de que el Notario da fe de suficiencia de la representación.

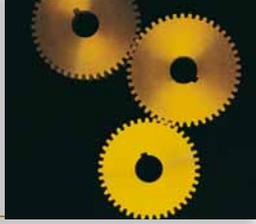
Según consta en las citadas resoluciones, la Notaría y el Notario autorizantes, al establecer juicio sobre la suficiencia de la representación, hacen expresa salvedad de la necesidad de inscripción de su nombramiento en el Registro Mercantil. Hecha en esos términos, la salvedad en cuestión parece ir más allá de lo que la normativa dice y de lo que la Dirección reconoce en las mismas resoluciones, cuyo contenido merece ser repasado:

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación.

La inscripción del nombramiento o poder en el Registro Mercantil no es precisa para la válida existencia del nombramiento o poder, aunque sí para su plena eficacia frente a terceros, incluso de buena fe (cfr. artículo 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento de Registro Mercantil).

La circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (cfr. artículo 94.1.5.ª del Reglamento del Registro Mercantil) no significa que dicha inscripción en el Registro Mercantil deba realizarse necesariamente con carácter previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos o contratos otorgados en ejercicio de dicha representación, pues, en la legislación actual, con las excepciones contempladas en la misma, no hay ningún precepto que imponga aquella inscripción en el Registro Mercantil con carácter general y previo a la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Es obligación de los registradores practicar la inscripción de aquellos títulos que se ajustan a la legalidad, que es la que, en último término, delimita su poder de control y justifica su ejercicio, tal y como resulta específicamente del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y, más genéricamente pe-



ro decisivamente, del artículo 103 de la Constitución.

A la vista de lo cual uno solo esperaría un argumento adicional, que sería la referencia al art. 98 de la Ley 24/2001, para dar el recurso por ganado. Sin embargo, esta es la forma en que continúa la resolución:

El cumplimiento por el Notario de los deberes que le impone el art. 98 no se limita a facilitar en principio la prueba de la representación, sino que, según literalmente consta en la norma, hace fe suficiente, por sí solo, de la representación acreditada

En principio, el cumplimiento por el Notario de los deberes que le impone el repetido artículo 98 facilita la prueba de la representación ante el Registro y, por expresa disposición del legislador, impide al Registrador hacer un examen más detenido de la existencia y suficiencia de la representación.

Y aquí es donde la Dirección empieza a tirar por tierra las conclusiones coherentes con todo lo argumentado anteriormente. Porque el cumplimiento por el Notario de los deberes que le impone el repetido art. 98 no se limita a «facilitar en principio la prueba de la representación», sino que, según literalmente consta en la norma, hace fe suficiente, por sí solo, de la representación acreditada.

El problema está en si, en casos como el presente, es o no exigible legalmente la inscripción en el Registro Mercantil.

Honestamente, no se ve el problema si se acaba de reconocer: a) que el nombramiento ha surtido efectos desde su aceptación; b) que la inscripción en el Registro Mercantil no es precisa para su válida existencia; c) que la obligatoriedad de la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil no significa que la misma deba ser previa a la que se haya de practicar en el Registro de la Propiedad, y d) que es obligación del Registrador practicar la inscripción del título que se ajusta a la legalidad. Pero la Dirección, apoyándose reiteradamente en la «**presunción de validez y exactitud registral** establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del

Reglamento del Registro Mercantil», concluye que «en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de administrador en el Registro Mercantil, la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al Notario autorizante de la escritura deba contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral».

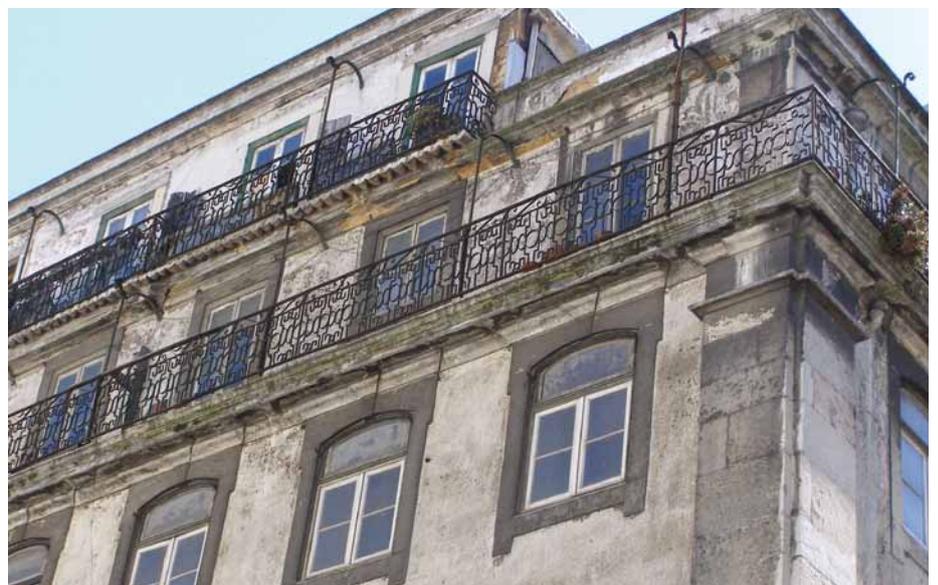
Prevalece así lo que no es sino una mera presunción frente al juicio en contrario hecho por el Notario bajo su responsabilidad, juicio que, de acuerdo con una norma con rango de ley, hace fe suficiente por sí solo. Sorprende incluso que la Dirección cite, en apoyo de dicha conclusión, resoluciones anteriores a la Ley 24/2001: «(vid. resoluciones de 17 de diciembre de 1997, 3 de febrero de 2001 y 23 de febrero de 2001)».

Piénsese que la inscripción del nombramiento de administrador puede no practicarse por la única razón de la falta de depósito de cuentas de la sociedad, conforme a lo previsto en el art. 378 RRM. De modo que un negocio (por ejemplo, una venta) otorgado por dicho administrador puede tener vedado su acceso al Regis-

tro de la Propiedad por una circunstancia ajena a la perfecta licitud de ese nombramiento, con el consiguiente perjuicio para el comprador.

Y, para evitar esa situación, la Dirección entiende que el juicio de suficiencia del Notario debe incluir la reseña de todas aquellas circunstancias que ya han sido reseñadas por el Notario autorizante de la escritura de nombramiento de administrador, escritura que luego ha sido calificada como suficiente de nuevo por el Notario que autoriza el documento que se presenta en el Registro de la Propiedad.

Pues bien, dado que no es defendible el hecho de pretender que con dicha reseña el Registrador de la Propiedad haga una calificación que solo corresponde y solo está en disposición de hacer el Registrador Mercantil, la exigencia del Centro Directivo no puede entenderse en otro sentido que en el de haberse de mencionar, en la escritura que se presenta en el Registro de la Propiedad, que en la previa escritura de nombramiento de administrador el Notario autorizante ha dado fe de las circunstancias que la Dirección indica: validez del acuerdo, adopción por órgano social competente, cumplimiento de los requisitos de convocatoria, aceptación del nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos. Sin que, desde luego, haya que pormenorizar los datos concretos de cada una de esas circunstancias.



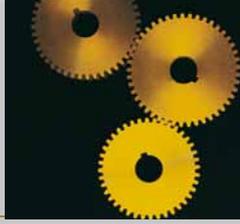
- (1) En cierto modo, el CCCat desliga los efectos del beneficio de inventario de la aceptación de la herencia, vinculándolos más a la elaboración del inventario. Así, el art. 461-14 se limita a exigir que el heredero tome inventario, antes o después de su aceptación, y aunque acepte la herencia sin manifestar la voluntad de acogerse al mismo. El art. 461-17 va más lejos y señala que: «*La mera manifestación hecha por el heredero de aceptar la herencia de forma pura y simple no le priva de aprovechar los efectos del beneficio de inventario*». El art. 461-15 dice que «*el inventario formalizado por el heredero en documento privado que se presente a la Administración Pública competente para la liquidación de los impuestos relativos a la sucesión también surte los efectos legales del beneficio de inventario*». Y el art. 461-16 atribuye del pleno derecho el beneficio de inventario, «*aunque no lo hayan tomado*», a «*los herederos menores de edad, las personas puestas en tutela o curaduría, los herederos de confianza, las personas jurídicas de derecho público y las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública o de interés social. También disfrutaban del mismo las herencias destinadas a finalidades de interés general*». De este modo, la principal regla a considerar viene a ser la prevista en el art. 461-15, que indica que: «*El inventario debe tomarse en el plazo de seis meses a contar del momento en que el heredero conoce o puede razonablemente conocer la delación*».
- (2) Artículo 1014. El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaria, o del abintestato, dentro de diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiese fuera, el plazo será de treinta días. En uno y otro caso, el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo, si les conviniere.
- Artículo 1015. Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos expresados en el artículo anterior se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el Juez le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1005, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero.

Artículo 1016. Fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá este aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.

- (3) De hecho, la Orden de 7 de febrero de 1997, por la que se regula la tarjeta de identidad de extranjero, todavía se refiere (véase su número quinto) a la tarjeta de régimen comunitario.
- (4) Artículo 20. El número de identificación fiscal de las personas físicas de nacionalidad extranjera.
- 1.–Para las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española, el número de identificación fiscal será el número de identidad de extranjero que se les asigne o se les facilite de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su normativa de desarrollo.
- 2.–Las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española y no dispongan del número de identidad de extranjero, bien de forma transitoria, por estar obligados a tenerlo, o bien de forma definitiva, al no estar obligados a ello, deberán solicitar a la Administración Tributaria la asignación de un número de identificación fiscal cuando vayan a realizar operaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Dicho número estará integrado por nueve caracteres con la siguiente composición: una letra inicial, que será la M, destinada a indicar la naturaleza de este número; siete caracteres alfanuméricos, y un carácter de verificación alfabético.
- En el caso de que no lo soliciten, la Administración Tributaria podrá proceder de oficio a darles de alta en el Censo de Obligados Tributarios y a asignarles el número de identificación fiscal que corresponda.
- (5) Artículo 21. Normas sobre la asignación del número de identificación fiscal a personas físicas nacionales y extranjeras por la Administración Tributaria.
- 1.–El número de identificación fiscal asignado directamente por la Administración Tributaria de acuerdo con los artículos 19 y 20 tendrá validez en tanto su titular no obtenga el documento nacional de identidad o su número de identidad de extranjero.
- Quienes, disponiendo de número de identificación fiscal, obtengan posteriormente el documento nacional de identidad o un número de identidad de extranjero deberán comunicar, en un pla-

zo de dos meses, esta circunstancia a la Administración Tributaria y a las demás personas o entidades ante las que deba constar su nuevo número de identificación fiscal. El anterior número de identificación fiscal surtirá efectos hasta la fecha de comunicación del nuevo.

- 2.–Cuando se trate de personas físicas que no tengan la nacionalidad española, el órgano de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que se determine en sus normas de organización específica podrá recibir y trasladar directamente al Ministerio del Interior la solicitud de asignación de un número de identidad de extranjero.
- 3.–Cuando se detecte que una persona física dispone simultáneamente de un número de identificación fiscal asignado por la Administración Tributaria y de un documento nacional de identidad o un número de identidad de extranjero, prevalecerá este último. La Administración Tributaria deberá notificar al interesado la pérdida de validez del número de identificación fiscal previamente asignado de acuerdo con lo dispuesto en el apdo. 1 de este artículo, y pondrá en su conocimiento la obligación de comunicar su número válido a todas las personas o entidades a las que deba constar dicho número por razón de sus operaciones.
- (6) 1.–De las deudas sociales, responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.
- 2.–No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos, responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.
- 3.–Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que estas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social.
- (7) Aunque el modo en que lo hace la Dirección no ayuda a aclarar las cosas. Dice, en la Resolución de 30 de junio, que «*una cosa es la titularidad del usufructo y otra distinta, la vida sobre la cual se establece su duración cuando tal derecho es de carácter vitalicio. En el presente supuesto, de la escritura de constitución se deduce con claridad que, a pesar de ser el usufructo ganancial, la vida cuya duración sirve como término al usufructo es la del ahora fallecido*». Así, parece centrar la distinción entre titularidad/ganancialidad, por un lado, y



persona cuya vida determina la duración del usufructo. Entiendo preferible distinguir, como se ha venido haciendo, entre titularidad y ganancialidad, e introducir, en su caso, la vida o existencia del tercero cuando la duración del usufructo no viene determinada por la de su titular.

- (8) Tampoco en las citas está particularmente lúcida la Dirección, como puede apreciarse en la Resolución de 28 de noviembre, al citar la de 30 de junio con referencia a un supuesto distinto, resuelto también en forma diferente.
- (9) Lo que ocurre es que la Dirección no había seguido esa doctrina en otra de las cuatro famosas resoluciones citadas, la de 10 de julio de 1975. Esa antigua Resolución trataba de un caso en el que se parte de la base *«de la constancia en los libros registrales de un usufructo vitalicio a favor de ambos cónyuges con derecho de acrecer al sobreviviente, por lo que, fallecido uno de ellos, se cumple la previsión pactada que da lugar al acrecimiento; y de ahí que la venta realizada por el supérstite de su total derecho será inscribible, de no surgir algún otro obstáculo que pueda impedirlo»*. Es decir, aquí se entendió, sin que fuera obstáculo al respecto la prohibición de contratación entre cónyuges, que *«no es necesaria la adjudicación del mencionado usufructo, previa la disolución de la sociedad de gananciales»*, y que, por el contrario, *«según se deduce del título constitutivo reflejado en los asientos registrales, y de acuerdo, además, con los artículos 521 y 987 del Código Civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho»*.

Esta Resolución ha sido generalmente considerada una «china en el zapato» de lo que ha acabado por ser la doctrina de la Dirección en esta materia, por cuanto, frente a la misma, determinó la no necesidad de inclusión del usufructo ganancial en la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, con la perspectiva que dan el transcurso del tiempo y la lectura de algunas de las muchas aportaciones hechas por los distintos comentaristas, me planteo que quizá

la contradicción lo sea únicamente con lo que, como veíamos, resolvió la Dirección dieciocho años después, siendo en ambos casos el supuesto de hecho anterior a la reforma de 1981.

Si, como venía diciendo la Dirección, la necesidad o no de incluir el usufructo en la liquidación de gananciales deriva de la calificación de bien privativo o ganancial que haya de darse al derecho de usufructo, cuestión para cuya respuesta resulta determinante la inexistencia de previsión de acrecimiento por los cónyuges, hay que concluir que, dándose dicha previsión, el usufructo no es ganancial y, por lo tanto, es coherente entender que no debe ser incluido en la liquidación. Ahora bien, si en la Resolución de 1993 no se atendió a los efectos de semejante pacto porque el mismo databa de 1972 y, por lo tanto, se resolvió la necesidad de su inclusión en la liquidación, menos aún se debería haber atendido en 1975, cuando ni tan siquiera había cambiado la normativa, que a partir de 1981 permitió la contratación entre cónyuges.

- (10) *«A estos efectos, también es procedente considerar que cabe la "fianza en garantía de deudas futuras" conforme al artículo 1825 del Código Civil, al establecer que "puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida" [...]. Estando, en consecuencia, admitida en el Código Civil la fianza en garantía de deudas futuras, es admisible que la propia obligación de fianza resultante de un contrato de afianzamiento pueda ser objeto de hipoteca en garantía de obligación futura, conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria»*.
- (11) Repite aquí la Dirección la tantas veces utilizada argumentación contraria a la hipoteca flotante, sin adaptarla al caso concreto, donde, desde luego, no se trata de *«todas las obligaciones»* que pudiera llegar a haber entre acreedor y deudor: *«Por ello, no es posible inscribir en el Registro una sola hipoteca que garantice todas aquellas obligaciones, existentes y futuras,*

que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de suerte que la hipoteca "flote" sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, se deje caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas con la garantía y ejecutar esta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de la inscripción en el Registro (resoluciones de 11 de octubre de 2004 y 25 de abril de 2005)».

- (12) *«La posición mantenida por esta Dirección General, partiendo de los artículos 9, 12, 104 y 153 de la Ley Hipotecaria, y 1256 y 1273 del Código Civil, en relación con las hipotecas en garantía de cuenta de crédito (vid. resoluciones de 27 de julio y 6 de noviembre de 1999, 10 de julio de 2001, 12 de septiembre de 2003, 11 de octubre de 2004 y 23 de julio de 2005), exige para su admisión tres requisitos distintos: 1.º la determinación en sus líneas generales de las obligaciones a cargar en cuenta o a asegurar; 2.º el no arbitrio del acreedor respecto de la inclusión de las partidas en cuenta, y 3.º finalmente, que se pacte el efecto novatorio de las obligaciones cargadas en cuenta, sin que baste que se trate de una mera reunión contable»*.
- (13) *«En este caso, no se cumplen las exigencias examinadas, pues no hay un único acto o contrato básico del que puedan surgir las futuras obligaciones (como en el caso recientemente estudiado por este Centro Directivo en su Resolución de 26 de julio de 2012, en que existía un único contrato de afianzamiento como base de una hipoteca de contragarantía), sino que las relaciones jurídicas existentes de las que podrán derivarse las obligaciones futuras garantizadas son los afianzamientos pactados en dos pólizas de préstamo distintas, por lo tanto, con distinto régimen y título contractual, no conectados causalmente entre sí, y con distintas fechas de constitución y de vencimiento»*.