

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

9792 *Resolución de 23 de abril de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Fuenlabrada n.º 1, por la que se suspende parcialmente la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales seguida de otra de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca en garantía.*

En el recurso interpuesto por doña M. C. T. A. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Fuenlabrada número 1, don Carlos Amérigo Alonso, por la que se suspende parcialmente la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales seguida de otra de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca en garantía.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 7 de julio de 2023 por el notario de Madrid, don Francisco Javier Gardeazabal del Río, se otorgaba por los cónyuges doña M. C. T. A. y don M. M. M. liquidación de sociedad de gananciales. Interesa a los efectos de este expediente que, como únicos bienes para la liquidación, existían la vivienda del matrimonio y las 3.010 participaciones sociales de la compañía mercantil «Congelados Mariano Maroto, SL»; a doña M. C. T. A. se le adjudicaba la vivienda del activo y la totalidad de la deuda hipotecaria que gravaba la misma; a don M. M. M. se le adjudicaban las participaciones sociales de la sociedad limitada; como consecuencia, don M. M. M. llevaba un exceso neto de 275.000 euros, que abonaría, en cuanto a 100.000 euros, mediante un cheque nominativo, y en cuanto a los 175.000 euros restantes, mediante 60 cuotas mensuales «en los términos y condiciones que se establecen en la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca» que se otorgaba a continuación.

Mediante escritura otorgada ante el mismo notario y fecha, siguiente de protocolo a la anterior, ambos cónyuges en su propio nombre y derecho y, además, don M. M. M. en representación de la sociedad «Congelados Mariano Maroto, SL», otorgaban lo siguiente: don M. M. M. reconocía la deuda de 175.000 euros que tiene con doña M. C. T. A.; establecían que sería pagada mediante 60 cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses, siendo la primera el día 7 de agosto de 2023 y la última el día 7 de julio de 2028; se pactaba un interés fijo anual del 4 %, siendo el importe de cada cuota toda la vida del préstamo de 3.033,33 euros; la sociedad «Congelados Mariano Maroto, SL» constituía hipoteca a favor de doña M. C. T. A. de una nave industrial propiedad de la compañía. A la escritura, se incorporaba información mercantil interactiva de los Registros Mercantiles de España, de la que resultaba que el capital social es de 3.010 euros, y certificación de la junta universal de la sociedad en la que se autorizaba específicamente a la hipoteca que se otorgaba.

II

Presentada el día 27 de octubre de 2023 la referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Fuenlabrada número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Documentos presentados bajo los Asientos números 1.630 y 1631 del Libro Diario 75.

Las escrituras otorgadas el día siete de Julio de dos mil veintitrés, ante el Notario de Madrid, Don Francisco Javier Gardeazabal del Rio, con los número 3.193 y 3.194, complementada ésta última por otra otorgada ante el mismo Notario el día veintiséis de Septiembre de dos mil veintitrés, con el número 4.061 de su protocolo, que fueron presentadas en éste Registro el día 27 de Octubre de 2.023, bajo los asiento 1.631 y 1.630, respectivamente, del Libro Diario 75, posteriormente completadas con el certificado del Registro Civil de fecha 2 de noviembre de 2023 del que resulta la indicación del régimen económico matrimonial, han sido objeto de calificación negativa sobre la base de los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

Por la primera de las escrituras citadas, Doña M. C. T. A. y Don M. M. M., liquidan y se adjudican los bienes pertenecientes a su extinta sociedad legal de gananciales –se acompaña escritura de capitulaciones matrimoniales de dichos otorgantes así como Certificado del Registro Civil acreditativo de su inscripción– de la siguiente forma: a Doña M. C. T. A. el pleno dominio de la finca registral número 16.060 de Griñón, y a Don M. M. M. el pleno dominio de 3010 participaciones sociales de la compañía mercantil “Congelados Mariano Maroto SL”, llevando Don M. M. M. un exceso neto de adjudicación de 275.000 euros, que abona a Doña M. C. T. A. de la siguiente forma: 100.000 euros mediante cheque bancario, y el resto de 175.000 euros serán abonados mediante 60 cuotas mensuales “en los términos y condiciones que se establecen en la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca otorgada ante mí, en el día de hoy, con número posterior de protocolo al de la presente, al que las partes se remiten por serles suficientemente conocida”.

Y por la segunda de las escrituras presentadas, a la que expresamente se ha remitido la primera, la mercantil Congelados Mariano Maroto Maeso, SL, constituye hipoteca a favor de doña M. C. T. A., en garantía de la deuda que don M. M. M. tiene reconocida a favor de dicha señora por la cantidad de 175.0000 euros a abonar en sesenta cuotas mensuales.

Procede la calificación conjunta de dichos documentos presentados por haber sido configurados por las partes como negocios interrelacionados, siendo el segundo, garantía del aplazamiento del pago del primero. Al respecto, la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha estudiado la posibilidad de practicar la inscripción parcial en resoluciones como las de 14 de diciembre de 2010, 7 de noviembre de 2012, 18 de febrero, 13 de marzo, 12 de septiembre y 3 de octubre de 2014, 21 de enero, 30 de marzo y 14 de mayo de 2015 y 14 de septiembre y 19 de octubre de 2016. Considera, a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que la inscripción parcial de los títulos, en caso de calificación suspensiva o denegatoria de una parte de los mismos, si el pacto o estipulación rechazados afecta a la esencialidad del contrato o negocio cuya inscripción se pretende, exige la solicitud expresa del interesado o interesados (artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria).

Además, afirma la resolución de 6 de julio de 2015 que, aun cuando se trate de una estipulación que pudiera ser considerada esencial para el equilibrio negocial, puede ser excluida de la inscripción si es consentido por el contratante favorecido por ella. Así lo admite la Resolución de 20 de abril de 1989 en relación con la solicitud por el vendedor de que no se inscriba la condición resolutoria en garantía del precio aplazado (por entender el

Centro Directivo que el vendedor, como único beneficiario, puede excluir de la presentación tal extremo, conforme a los artículos 425, 433 y 434 del Reglamento Hipotecario).

En el presente caso, en el que están interconectadas la liquidación de gananciales y la hipoteca en garantía del pago del precio aplazado, no se ha procedido a la inscripción de la liquidación puesto que no resulta posible la inscripción de la hipoteca. La hipoteca se constituye a favor de doña M. C. T. A. El defecto señalado se refiere, como se verá, exclusivamente a la inscripción de la hipoteca. No se ha procedido a la inscripción parcial porque se ignora si doña M. C. T. A. quiere la inscripción de la liquidación sin la garantía en el aplazamiento del pago de la deuda resultante del negocio liquidatorio. En todo caso, siendo doña María del Carmen quien hubiera de beneficiarse de la hipoteca cuya inscripción se suspende, puede, de conformidad con la doctrina expuesta, solicitar la inscripción parcial de la operación y solicitar, así, la inscripción de la adjudicación de la vivienda en Griñón.

Fundamentos de Derecho:

Primero. La hipoteca calificada, que supone una garantía para la adquisición de las participaciones sociales de la sociedad hipotecante, ha sido constituida vulnerando la prohibición establecida en el párrafo segundo del artículo 143 de la Ley de Sociedades de Capital. Afirma el citado precepto que “la sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca”.

En el presente caso, la sociedad hipotecante constituye hipoteca en garantía del pago de la cantidad de 175.000 euros que quedaron aplazados en el negocio jurídico de liquidación de gananciales, articulado en el número anterior de protocolo al de la constitución de hipoteca. En dicha liquidación surge un derecho de crédito en favor de doña M. C. T. A., consecuencia de haberse adjudicado a don M. M. M. las participaciones sociales de la sociedad hipotecante. De esta manera la sociedad limitada está prestando garantía para la adquisición de sus propias participaciones vulnerando la prohibición establecida en el precepto citado.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública Registral, antes de los Registros y del Notariado, en adelante DGSJyFP, se ha pronunciado acerca de la imposibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad las hipotecas constituidas en garantía de la adquisición de las participaciones sociales de la sociedad hipotecante. Así lo hizo en su resolución de 1 de diciembre de 2000 al afirmar:

1. Constituida por una sociedad de responsabilidad limitada hipoteca en garantía del precio aplazado de la compraventa de participaciones de su propio capital realizada entre socios, deniega el Registrador su inscripción al considerar que contraviene la prohibición contenida en el artículo 40.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada cuando dispone que dichas sociedades “no podrán anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las acciones o participaciones emitidas por sociedad del grupo al que la sociedad pertenezca”. Ninguna duda suscita en este caso la existencia, tan difícil de apreciar en otras ocasiones, de la relación entre el negocio de constitución de la garantía y el de adquisición, desde el momento en que es el precio aplazado de la compraventa de las participaciones de su propio capital lo que la sociedad garantiza con la hipoteca.

2. Entiende el Registrador, y así ha de confirmarse, que tal negocio de garantía es nulo por cuanto al contravenir una prohibición legal queda incurrido en la sanción prevista para tales supuestos por el artículo 6.3 del Código Civil, la nulidad absoluta. Frente a tal conclusión no cabe aceptar el argumento del recurrente en el sentido de que tan radical sanción tiene una excepción en el mismo precepto para el caso de que la norma prohibitiva infringida haya establecido un efecto distinto, que en este caso sería la sanción pecuniaria prevista en el artículo 42 de la misma Ley reguladora del tipo social. Esta

sanción, establecida en términos generales para toda infracción de las prohibiciones contenidas en la misma sección de la Ley relativa a la adquisición de las propias participaciones, es de carácter jurídico-administrativo y ha de entenderse complementaria, independiente y compatible por tanto con las restantes sanciones de carácter jurídico-privado que la propia Ley establece. Lo contrario sería tanto como entender que la responsabilidad prevista por la propia Ley en su artículo 39.2 para el caso de infringir la prohibición de adquisición originaria de participaciones, o la obligación de amortizar las adquiridas derivativamente en los casos que la impone el artículo 40.2 o la de enajenar las participaciones o acciones de la sociedad dominante previstas en el artículo 40.3, al igual que la de reducir el porcentaje de participaciones recíprocas que fuera obligatoria por la remisión del artículo 41 al 82 de la Ley de Sociedades Anónimas, quedarían sin efecto a la vista de ese especial régimen sancionador que establece el citado artículo 42. Incluso en el supuesto en que el legislador ha previsto la nulidad radical del negocio de adquisición a que alude el recurrente, el del artículo 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, no cabe entender que esa ineficacia absoluta excluya las sanciones, también de tipo administrativo, que con el mismo carácter general establece el artículo 89 de dicha Ley.

3. Tampoco los argumentos de tipo sistemático y finalistas a que acude el Notario en su informe desvirtúan la anterior conclusión. La pretendida conexión entre el régimen prohibitivo de la asistencia financiera para adquirir participaciones propias y el general sobre la adquisición directa de las mismas que exonerase aquélla en los supuestos en que tal adquisición es posible, tendría mayores posibilidades de defensa en sede de sociedades anónimas donde el régimen prohibitivo de la adquisición derivativa de acciones propias se ve mitigado por el limitado margen con que las permite el artículo 75 de su Ley particular, pero no así respecto de las sociedades de responsabilidad limitada en que aquella posibilidad no existe; los argumentos de tipo teleológico sobre la finalidad de tal prohibición más parecen discurrir por la vía de *lege ferenda*, con evidentes influencias del sistema anglosajón proclive a admitir la asistencia financiera siempre que se haga con cargo a recursos libres y se adopten las necesarias garantías para los acreedores sociales; y por último, la conexión que pretende establecer entre la posible exclusión de la prohibición contenida en el citado artículo 40.5 para el singular supuesto de adquisición de participaciones propias que admite la regla 1.c) del mismo artículo, sin necesidad de analizar ahora la posibilidad o conveniencia de admitir tal exclusión, lo cierto es que plantea un supuesto totalmente ajeno al que ahora se examina que es la garantía del precio en una compraventa voluntaria de participaciones sociales, totalmente ajeno al de venta forzosa previo embargo en procedimiento de ejecución, en que la adquisición por la sociedad de las participaciones con la consiguiente obligación de amortizarlas no sólo es subsidiaria respecto de los socios, sino que requiere previsión estatutaria que la admita, y así y todo siempre sería facultativa”.

Tal razonamiento realizado por la DGSJ y FP a la visita de la legislación anterior a la Ley de Sociedades de Capital sigue siendo aplicable a la legislación hoy vigente de modo que, aunque el artículo 157 LSC establezca su propio régimen sancionador por el incumplimiento de las disposiciones del capítulo que lo contiene debe entenderse nula la garantía prestada y cerrarse, por tanto, su posible acceso al Registro de la Propiedad.

Es, en todo caso, necesario que sea valorada la diferencia existente entre el negocio calificado y el supuesto de hecho que dio lugar a la resolución de 1 de diciembre de 2000. Mientras que en la resolución citada se valoraba la inscribibilidad de una hipoteca constituida por una sociedad en garantía del aplazamiento de pago de una compraventa de las participaciones sociales de la sociedad hipotecante, en la escritura ahora calificada el aplazamiento del precio no es consecuencia de una compraventa sino de una liquidación de gananciales en la que el único bien adjudicado al deudor son las participaciones sociales que eran gananciales.

Debemos, por tanto, preguntarnos si la prohibición de asistencia financiera, indiscutible en los negocios traslativos sobre participaciones sociales es también aplicable a los denominados negocios liquidatorios (especialmente, extinción de condominio, liquidación de gananciales o particiones hereditarias).

La naturaleza jurídica de los negocios liquidatorios ha sido largamente discutida. A esta cuestión se refiere la resolución de la DGSJ y FP de 19 de mayo de 2011 que ha sido posteriormente refrendada por otras muchas posteriores a los efectos de considerar títulos inmatriculadores a los negocios liquidatorios a los efectos del artículo 205 LH (que exige doble título traslativo para inmatricular). Afirma:

El debate sobre la naturaleza jurídica de la división de la cosa común y la partición de la herencia a los efectos de que exista el doble título traslativo exigido por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria para inmatricular una finca ha dado lugar a numerosas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales.

Por un lado, hay un sector doctrinal que defiende el carácter meramente especificativo de derechos de la disolución de comunidad y afirma que la característica esencial del título público de adquisición es contener un acto de adquisición derivativa, por lo que, por no implicar un título de transferencia inmobiliaria, no es título público inmatriculable la división de la cosa común. Por otra parte, otro sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución; y finalmente hay quienes consideran que el negocio jurídico causante de la inmatriculación puede ser un título atributivo o determinativo, excluyéndose solamente los títulos meramente declarativos o los que recogen una mera modificación física de la finca, como declaraciones de obra nueva, división horizontal sin disolución de comunidad, división material, agrupación o segregación.

3. [sic]. También esta Dirección General ha abordado el problema. Así, la Resolución de 14 de diciembre de 2000 negó a la disolución de comunidad el carácter de título inmatriculable por no acreditar fehacientemente el título de adquisición invocado por los comuneros. Por su parte, la de 26 de abril de 2003 trata sólo indirectamente el problema planteado, pues el Registrador había considerado suficiente para inmatricular la doble titulación de disolución de comunidad y compraventa, por lo que el Centro Directivo no entró en el problema. La Resolución de 18 de diciembre de 2003 abordó el supuesto de una disolución de comunidad complementada por acta de notoriedad que acredita que es tenido por dueño el que lo es por la disolución, concluyendo que lo que hay que declarar como notoria es la titularidad de los comuneros, admitiendo con ello que dichos comuneros son los transferentes.

Desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o incapacitados implicados en la disolución de comunidad, la Dirección General exigió la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que, habiendo varias cosas en comunidad, se rompe la regla de posible igualdad del artículo 1061 del Código Civil. Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), o tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007).

4. También la Jurisprudencia ha abordado el tema de la naturaleza jurídica de la división de la cosa común y la partición de herencia. Frente a las teorías que afirman o niegan rotundamente su carácter traslativo, prevalece en nuestra Jurisprudencia una consideración intermedia de la partición. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007, señala: “esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio código... Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia...”. Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que sólo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 recuerda que la doctrina entiende que el acto divisorio es un acto con efecto extintivo de la

situación jurídica anterior, la de la comunidad; y al mismo tiempo tiene un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes.

5. En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), que lo justifica como título inmatriculador. En definitiva, por la disolución de comunidad se causa en el Registro un asiento de inscripción sobre la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada.

Parece razonable, entonces, enfrentarse a la cuestión planteada en los mismos términos en que lo hizo la jurisprudencia de la DGSJ y FP: partiendo de la compleja naturaleza de los negocios liquidatorios, que difícilmente pueden reducirse la dicotomía entre lo traslativo y lo dispositivo, debemos analizar el precepto supuestamente vulnerado para estudiar la relación entre la prohibición de la asistencia financiera y esta clase de negocios jurídicos.

Entre los diferentes estudios relativos a la fundamentación de la prohibición de la asistencia financiera en nuestro derecho mercantil, se destaca que el objetivo fundamental que se persigue con la prohibición es impedir que las sociedades vean disminuido su patrimonio como consecuencia de servir ellas mismas de apoyo en su propia adquisición. Se protege, con ello, el principio de integridad del capital social. La protección del capital social alcanza tanto al denominado capital productivo (que tiene como destino el desarrollo del objeto social), como al capital que ha de servir de garantía a los acreedores de la sociedad.

Coinciden, por tanto, los comentaristas del artículo 143 LSC al afirmar que una de las razones principales de la prohibición legal es la protección de los acreedores de la sociedad. La asistencia financiera para la adquisición de las participaciones sociales supone un alto riesgo para los acreedores de la sociedad limitada, ya que puede dar lugar en caso de ejecución de la garantía a una disminución del patrimonio social en que hubieran confiado al contratar con la sociedad. Y tal disminución del patrimonio social estaría debida no a un negocio desarrollado en ejecución del objeto social, sino a uno que hubo tenido por objeto exclusivamente el cambio en la titularidad de las participaciones sociales. Por ello, coincide la doctrina mercantilista en la fundamentación de la prohibición de la asistencia financiera vela no exclusivamente por los intereses societarios internos, sino también los intereses externos y la protección de los acreedores.

Este endeudamiento de la sociedad limitada o este gravamen sobre su patrimonio prohibido por el artículo 143 LSC se da exactamente en la misma medida cuando el préstamo o la garantía se han concedido para la compra de las participaciones sociales a un tercero o cuando la garantía o préstamo se han concedido para la adquisición derivada de una operación liquidatoria como la que es objeto de la escritura calificada.

Así, en caso de incumplimiento por parte de deudor de su obligación de pago a su cónyuge de las cantidades aplazadas como consecuencia de la liquidación de gananciales, tendría lugar la ejecución de la hipoteca constituida con la correspondiente disminución del patrimonio de la sociedad en perjuicio de sus acreedores. Y ello como consecuencia de la asistencia prestada por la sociedad en un negocio que no tenía por fin el desarrollo del objeto social, sino exclusivamente una alteración de la titularidad de las participaciones sociales que pasan a ser privativas de uno de los socios cuando antes eran gananciales. La hipoteca constituida desarrolla por tanto el riesgo que la prohibición del 143.2 LSC pretende evitar y, por tanto, debe entenderse por tal precepto prohibida.

Como venimos señalando a lo largo de la presente calificación dada la compleja naturaleza de los negocios liquidatorios es preciso analizar cada norma jurídica individualizadamente para estudiar si a ellos les es de aplicación. En el presente caso, puesto que una de las finalidades del precepto (impedir la descapitalización de la sociedad en perjuicio de los acreedores) se ve

comprometida en la misma medida ya sea traslativo, ya sea liquidatorio el negocio realizado, debe entender vulnerado el precepto y, por tanto, prohibida la hipoteca cuando garantiza una deuda que tiene su origen en el negocio liquidatorio.

Debemos, a todo lo anterior, añadir otro argumento adicional para defender que entre las asistencias financieras prohibidas se encuentra la derivada de un negocio liquidatorio: el precepto analizado no prohíbe exclusivamente la asistencia financiera prestada para la realización de un negocio traslativo, sino la prestada para la adquisición de las participaciones sociales. Debemos entonces señalar que en el lenguaje jurídico el término adquisición o el verbo adquirir no se emplean exclusivamente para hacer referencia a las adquisiciones derivativas propiciadas por la realización de los negocios traslativos, sino igualmente para hacer referencia a las adquisiciones derivadas de las adjudicaciones propiciadas por los negocios liquidatorios.

A modo de ejemplo, la reciente resolución de la DGSJ y FP de 30 de mayo de 2023 afirma: Por analogía iuris, este criterio no sólo se ha seguir en los supuestos estrictamente citados en dichas normas (retracto y derecho de suscripción preferente), sino que se debe de aplicar a toda adquisición proveniente del ejercicio de cualquier derecho de adquisición preferente, como el derecho de tanteo u opción, o derivado de una titularidad previa, por razón del denominado desdoblamiento de la cuota, supuesto que tiene lugar en las adquisiciones provenientes de liquidaciones de situaciones de proindivisión. La DG utiliza el término adquisición para referirse indistintamente a las derivadas de una operación traslativa o de una operación liquidatoria. La resolución de 30 de julio de 2018 afirma: En primer lugar, que se produce una adquisición de la totalidad de la finca como consecuencia de una extinción de comunidad. Utiliza, por tanto, el Centro Directivo el término adquisición para referirse a la adjudicación derivada del negocio liquidatorio.

Por su parte, también considera la terminología empleada por el Tribunal Supremo que la liquidación de gananciales implica la adquisición de los bienes por su adjudicatario. Afirma la Sentencia de 28 de julio de 2020 que: la finalidad del procedimiento de liquidación del patrimonio ganancial consiste en convertir la cuota abstracta que corresponde a los litigantes sobre el *totum* ganancial en bienes concretos y determinados cuya propiedad exclusiva adquieran al concluir las operaciones liquidatorias, las cuales se encuentran sometidas a un específico marco normativo que las rige y condiciona, y que, por lo tanto, debe de ser observado.

De este modo, en conclusión, debe entenderse que la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones ha de incluir la derivada de los negocios liquidatorios, ya que no pueden entenderse excluidas por el tenor literal del precepto (puesto que el término adquisición también la incluye) ni por su finalidad (ya que violenta del mismo modo el derecho de los acreedores la garantía prestada para la financiación de una venta de participaciones o para la financiación de la liquidación de gananciales calificada). La interpretación teleológica o finalista de la norma, que no contradice en modo alguno la literal o contextual, obligan a incluir los negocios liquidatorios entre aquéllos cuya financiación no puede asistir la sociedad limitada. Debe, por tanto, entenderse nula la hipoteca constituida e impedirse su acceso al Registro de la Propiedad.

Se recuerda en última instancia que habiéndose calificado conjuntamente las dos escrituras, no se ha inscrito ni la adquisición derivada de la liquidación de gananciales ni la hipoteca. Procederá la inscripción parcial de la operación, es decir, la inscripción de la adquisición de la vivienda en Griñón derivada de la liquidación de gananciales, si doña María del Carmen T. A. lo solicita expresamente.

Segundo. La escritura de hipoteca no regula adecuadamente los intereses ordinarios. Afirma:

Tercera [sic]. Este préstamo devengará, a favor de la parte acreedora un interés anual fijo del 4 % sobre el capital adeudado esto es, siete mil euros (€ 7.000) con independencia de la fecha en la que se efectúe el reintegro del capital dentro del citado plazo de 60 meses, siendo el importe de cada cuota durante toda la vida del préstamo por importe de tres mil treinta y tres euros y treinta y tres céntimos (€ 3.033,33). Los

intereses devengados son fijos independientemente de la fecha en que se cancela anticipadamente el mismo por cualquier causa.

Sin embargo, la cláusula parece contradictoria. En primer lugar, se refiere a un préstamo, cuando, como hemos visto, no existe préstamo alguno sino aplazamiento en pago de compensación. Tal defecto es común a varias cláusulas de la escritura, aunque no impediría su inscripción, pues de la lectura conjunta se deduce claramente la voluntad de las partes. Sin embargo, debe clarificarse cuál sea el interés devengado por este aplazamiento. Afirma la escritura que será un interés anual fijo del 4 % sobre el capital adeudado. Esto no obstante, afirma después que se pagarán 60 cuota iguales de 3.033,33 euros. En tal caso, el interés no es de un 4 % anual, sino que se establece una cantidad correspondiente con el 4 % de la cantidad total debida sin que los intereses se devenguen anualmente sobre la cantidad en cada momento adeudada. Por su parte, del resto del articulado parece deducirse que la frase “Los intereses devengados son fijos independientemente de la fecha en que se cancela anticipadamente el mismo por cualquier causa” ha de ser interpretada en el sentido de que la cantidad de 7.000 euros que se han fijado como precio del aplazamiento será en todo caso debida con independencia de la fecha en que se pague el aplazamiento. De este modo aunque se produzca la cancelación anticipada por cualquiera de las causas previstas, deberá pagarse la cantidad que faltara para íntegro pago del precio del aplazamiento. Sin embargo, el término fijo (que al referirse a los intereses suele significar que no son variables), no implica necesariamente que sean debidos, aunque no se hubieran devengado, por lo que se solicita que la cláusula sea aclarada.

Tercero. Afirma la escritura: undécima. La parte acreedora, podrá dar por vencido este préstamo aunque no hubiere transcurrido el total plazo del mismo, y reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses, en los supuestos que seguidamente se indican: c) Si el/los bien/es hipotecado/s se transmitiese/n a un tercero, sin el consentimiento de la parte acreedora.

Tal cláusula es contraria, según doctrina reiterada de la DGSJyFP (resolución de 10 de noviembre de 2016, entre otras) al Artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que afirma que las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento.

En última instancia es de advertir que en la escritura de constitución de hipoteca se pactó: Octava. La parte acreedora sólo podrá ejercitar las acciones judiciales del presente contrato a través del correspondiente proceso declarativo, Procedimiento Ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulado en sus artículos 399 y siguientes; y su ulterior procedimiento de Ejecución forzosa previsto en el artículo 517 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso, el valor a efectos de subasta de la finca será el determinado, a tal efecto, por perito designado conforme a lo establecido en los artículos 637 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil Advierto yo el Notario, que la parte acreedora no podrá utilizar los procedimientos especiales de Ejecución directa hipotecaria o de Venta Extrajudicial. Posteriormente, en la escritura de 27 de septiembre de 2023 se pactó la posibilidad de acudir al procedimiento extrajudicial, pero no la posibilidad de acudir al procedimiento especial de ejecución directa (ni se fijó al respecto domicilio para notificaciones o tipo de subasta para tal procedimiento, sólo se pactó para el extrajudicial) por lo que si la hipoteca llegara a inscribirse no sería posible la ejecución por el procedimiento judicial directo.

Contra esta calificación (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Carlos Amérigo Alonso registrador/a de Registro Propiedad de Fuenlabrada 1 a día veintisiete de noviembre del dos mil veintitrés.»

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de Getafe número 2, doña Beatriz Sofía Bernal Aguilar, quien, con fecha de 18 de diciembre de 2023, confirmó la calificación del registrador de la Propiedad de Fuenlabrada número 1.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña M. C. T. A. interpuso recurso el día 29 de enero de 2024 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Fundamentos de Derecho:

I. La nota de calificación se detiene en primer lugar en la fundamentación jurídica y el significado de la prohibición de asistencia financiera, sobre lo que no hay nada que decir. Lo que se discute en el presente recurso es que se cumplan los requisitos que determinan la aplicación de la prohibición de asistencia financiera. Es necesario partir de la singularidad del supuesto de hecho, que se concreta en que el negocio que genera la prestación de garantía es la liquidación de la sociedad de gananciales.

II. El artículo 143 n.º 2 LSC dispone que “La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca”. Procede a continuación analizar si se cumplen los requisitos que determinan la aplicación de la prohibición.

La pauta para ver cuándo existe un supuesto de asistencia financiera prohibido la proporciona la jurisprudencia que se ha ocupado de la cuestión. La STS de 20 de abril de 2023 señala los elementos que definen la aplicación de la prohibición cuándo nos encontramos ante un supuesto de esa naturaleza –está dictada para una SA, pero sus pronunciamientos son perfectamente trasladables a la SRL–: “Al analizar la estructura interna de la prohibición de asistencia financiera del art. 150.1 LSC, se observa la concurrencia en la misma de tres elementos o presupuestos esenciales: (i) un acto o negocio de financiación o de ‘asistencia financiera’ por parte de la sociedad a favor o en beneficio de un tercero (socio o no); (ii) una adquisición, originaria o derivativa, de acciones de la sociedad que presta la asistencia (asistente) por parte del tercero (asistido); y (iii) un vínculo o relación finalista, teleológica o causal entre el negocio o acto de asistencia financiera y el de adquisición, por ser la finalidad de aquella asistencia favorecer o facilitar esta adquisición”.

Por tanto, hay que comprobar si concurren esos requisitos que determinan la aplicación de la prohibición. Para esta parte recurrente se entiende que el segundo presupuesto exigido (“una adquisición, originaria o derivativa, de acciones de la sociedad que presta la asistencia (asistente) por parte del tercero (asistido)”) no se cumple en este caso. Se intentará rebatir la argumentación de la nota de calificación impugnada, que entiende que la liquidación de la sociedad de gananciales constituye un supuesto de “adquisición” de participaciones al que es aplicable la norma prohibitiva.

La nota de calificación intenta justificar esta conclusión con una cita parcial de la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 2000) que no recoge el sentido de la abundante doctrina dictada a propósito de la extinción de situaciones de cotitularidad. Y, de momento, es destacable que la propia Resolución citada recoge como argumento central la siguiente afirmación: “en realidad lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo”, que no permite en absoluto albergar la conclusión indicada en la nota de calificación.

Si nos atenemos a la doctrina más reciente de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que a su vez recoge la Jurisprudencia del Tribunal Supremo,

fácilmente se constata que, lejos de asimilar la liquidación de la sociedad de gananciales a los títulos traslativos se preocupa de señalar la diferencia con ellos –como ocurre para todos los supuestos de extinción de situaciones con titularidades pluripersonales–. Aunque existe abundante doctrina, sirve aquí como ejemplo la Resolución de la Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de noviembre de 2023, que reiterando el criterio anterior establece la siguiente doctrina:

“Por un lado, hay un sector doctrinal que defiende el carácter meramente especificativo de derechos de la disolución de comunidad, que no implica un título de transferencia inmobiliaria. Por otra parte, distinto sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución.

Desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o personas con discapacidad implicados en la disolución de comunidad, esta Dirección General exigió la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que, habiendo varias cosas en comunidad, se rompe la regla de posible igualdad del artículo 1061 del Código Civil. Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), o tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007).

Igualmente, el Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la naturaleza jurídica de la división de la cosa común y la partición de herencia. Frente a las teorías que afirman o niegan rotundamente su carácter traslativo, prevalece en la jurisprudencia una consideración intermedia de la partición. Por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007 y 28 de mayo de 2015 afirman: ‘esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio código (...) Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia (...)’. Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que sólo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 recuerda que: La doctrina entiende que el ‘acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes’, por lo que debe ser calificado como ‘un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial’.

En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero, en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), lo que explica, por ejemplo, que haya sido considerada por esta Dirección General como título inmatriculador.

La extinción de la comunidad stricto sensu termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su división.

Tradicionalmente nuestro Derecho ha mirado con disfavor las situaciones de comunidad o condominio, por ser antieconómicas (se dificulta la explotación de los bienes y se reduce su valor), y constituir fuente de litigiosidad (‘mater rixarum’), aunque más propiamente podría afirmarse que este disfavor sólo tiene lugar cuando la situación de comunidad no es eficiente económicamente, pues hay supuestos de comunidades funcionales en que la explotación, uso o disfrute ‘en común’ es más eficiente que si este

se dividiese. Por ello, y dejando a salvo supuestos especiales, lo cierto es que la ley permite, y aun facilita, la extinción de la comunidad, que puede tener lugar mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no), en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualesquiera títulos de adquisición o dispositivos, incluyendo la renuncia de un comunero; y también, cuando se trate de bienes indivisibles, por su adjudicación a uno que compensa a los otros su derecho (en dinero o mediante otros bienes o servicios), sin que por ello pueda considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (cfr. artículos 404 y 1062 del Código Civil y las Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004, 4 de abril de 2005 y 16 de diciembre de 2021, entre otras). 1962, 2 de enero de 2004, 4 de abril de 2005 y 16 de diciembre de 2021, entre otras).

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha puesto de relieve que ‘la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente’ (vid. Sentencias números 1484/2018, 9 de octubre, 382/2019, 20 de marzo, y 1269/2022, 10 de octubre).”

Interesa destacar la conclusión a que se llega después de estos razonamientos: “En definitiva, la extinción de comunidad a que se refiere el presente recurso no es un acto traslativo. No hay una nueva adquisición (el adjudicatario no queda amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni la adjudicación es título para la usucapión ordinaria). Precisamente por ser mero desenvolvimiento del derecho que ya tenía el adjudicatario, el artículo 450 del Código Civil dispone que cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión”.

Ante la rotundidad de este pronunciamiento, sin necesidad de mayores razonamientos, decae cualquier intento de reconducir la liquidación de la sociedad de gananciales hacia los supuestos traslativos o adquisitivos, como entiende la nota de calificación recurrida.

Con esta conclusión es claro que no resulta aplicable la doctrina de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 2000 en la que se declaró la nulidad de la hipoteca constituida por la sociedad en garantía del aplazamiento del pago del precio de una compraventa entre los socios. Y, evidentemente, tampoco nos encontramos ante un supuesto de asistencia financiera prohibida, por no cumplirse los requisitos exigidos.

III. La nota de calificación emplea otro argumento desde el punto de vista de la interpretación literal. Afirma que “en el lenguaje jurídico el término adquisición o el verbo adquirir no se emplean exclusivamente para hacer referencia a las liquidaciones derivativas propiciadas por la realización de los negocios traslativos, sino igualmente para hacer referencia a las adquisiciones derivadas de las adjudicaciones propiciadas por los negocios liquidatorios”. Aunque se trate de un argumento de tono menor, también debe ser contestado aquí. De principio, hay que tener en cuenta la dificultad de expresar con rigor suficiente a lo largo de todo el razonamiento el efecto propio de la liquidación, lo que propicia el empleo de términos análogos, que aisladamente considerados pueden resultar más o menos apropiados. Ahora bien, si se toma como referencia el Código Civil, encontramos que a la hora de expresar el resultado de las operaciones de liquidación en ningún momento se utiliza la expresión “adquirir”, sino que con absoluta propiedad se emplea el término “adjudicación” (artículos 399, 401, 404, 1061, 1062, 1066, 1068, 1069, 1401, 1405; y en el 450 “la parte que al dividirse le cupiere”). La liquidación no se encuentra en la enumeración de los modos de adquirir la propiedad, ni es justo título a los efectos de la usucapión. La conclusión es que desde este punto de vista tampoco cabe asimilar los supuestos liquidatorios a los títulos adquisitivos.

IV. Debe analizarse a continuación la fundamentación de la prohibición de asistencia financiera como la entiende la nota de calificación: para el registrador existe el riesgo de que la ejecución de la hipoteca produzca una disminución del patrimonio social en perjuicio de los acreedores sociales, y que este efecto se produce como consecuencia de un negocio que no tenía por fin el desarrollo del objeto social, sino exclusivamente una alteración en la titularidad de las participaciones sociales que pasan a ser privativas de uno de los socios cuando antes eran gananciales.

En realidad, este argumento queda desvirtuado si se entiende que no existe en puridad asistencia financiera prohibida, como se ha tratado de razonar hasta ahora.

Incluso, partiendo de los razonamientos que justifican la norma prohibitiva, queda clara la no aplicación de la norma. El razonamiento de la nota de calificación conduce directamente a la exclusión generalizada de la validez de las operaciones vinculadas, que son plenamente lícitas. No cabe dudar sobre la posibilidad de que existan operaciones de crédito y garantía y operaciones de asistencia financiera, entre la sociedad y los socios, pues así lo reconoce expresamente el artículo 162 LSC, con el requisito de acuerdo concreto para cada caso. Frente a esta regla general permisiva de la asistencia financiera, la excepción es la prohibición que establece el artículo 143.2 LSC para la adquisición de sus propias participaciones –o de las creadas por la sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca–. La argumentación de la nota de calificación conduce directamente a la exclusión del mucho más amplio elenco de operaciones permitidas por el artículo 162 LSC, especialmente las garantías a favor de los socios.

V. Como argumento complementario de los anteriores, de llegar a entender que la operación esté incurso en el régimen prohibitivo, el carácter especial del artículo 143.2 frente a la regla general obliga a hacer una interpretación restrictiva. Así lo entiende la doctrina que se ha ocupado de la cuestión (V. C., A. A.) y por eso se reconoce la validez de determinadas operaciones cuando no se causa perjuicio a los acreedores y no afecta a la estructura de la propiedad: en concreto, se admite que si no hay socios minoritarios en la sociedad (sociedad unipersonal) o se adopta el acuerdo por unanimidad, como ocurre en este caso, no se debe aplicar la prohibición. En el presente caso, la adjudicación de las participaciones sociales a favor de don M. M. M. ha hecho que la sociedad haya devenido unipersonal, como se puede comprobar con la información del Registro Mercantil incorporada en la que consta la cifra del capital social.»

V

Mediante escrito, de fecha 12 de febrero de 2024, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificada la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no se ha producido alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3, 392, 394, 395, 397, 398, 399, 400, 401, 404, 406, 445, 450, 1061 y 1062 del Código Civil; 1, 9, 18, 21, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; 143, 150 y 162 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 51 y 98 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1905, 24 de enero de 1964, 3 de febrero de 1982, 28 de mayo de 1986, 27 de mayo de 1988, 5 de junio de 1989, 27 de febrero de 1995, 10 de julio de 2000, 12 de abril de 2007, 25 de febrero de 2011 y 28 de mayo de 2015, y de, Sala Tercera, números 1484/2018, 9 de octubre, 382/2019, 20 de marzo, y 1269/2022, 10 de octubre; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1960, 6 de abril de 1962, 26 de enero de 1998, 4 de septiembre y 1 y 14 de diciembre de 2000, 26 de abril de 2003, 2 de enero de 2004, 4 de abril de 2005, 28 de junio de 2007, 19 de mayo, 26 de julio y 11 de noviembre de 2011, 24 de febrero de 2012, 21 de junio de 2013, 11 de junio de 2014, 4 de abril y 1 de julio de 2016, 1 de febrero, 9 de mayo y 13 de noviembre

de 2017, 19 de julio y 2 de noviembre de 2018 y 30 de abril de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de febrero y 5 de marzo de 2020, 16 de diciembre de 2021, 11 de abril, 27 de julio y 20 de diciembre de 2022 y 25 de enero, 21 de febrero, 30 de mayo, 25 de septiembre y 27 de noviembre de 2023.

1. Debe decidirse en este expediente si son o no inscribibles dos escrituras, la primera de liquidación de sociedad de gananciales, seguida de otra de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca en garantía, en las que concurren los hechos y circunstancias siguientes:

– En la escritura de 7 de julio de 2023, se otorga por los cónyuges doña M. C. T. A. y don M. M. M. liquidación de sociedad de gananciales; los únicos bienes para la liquidación, son la vivienda del matrimonio y las 3.010 participaciones sociales de la compañía mercantil «Congelados Mariano Maroto, SL»; a doña M. C. T. A. se le adjudica la vivienda del activo y la totalidad de la deuda hipotecaria que grava la misma; a don M. M. M. se le adjudican las participaciones sociales de la sociedad limitada; como consecuencia, don M. M. M. lleva un exceso neto de 275.000 euros, que abonará en cuanto a 100.000 euros mediante un cheque nominativo, y en cuanto a 175.000 euros restantes mediante 60 cuotas mensuales «en los términos y condiciones que se establecen en la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca» que se otorga a continuación.

– En la escritura siguiente de protocolo a la anterior, ambos cónyuges en su propio nombre y derecho, y además don M. M. M. en representación de la sociedad «Congelados Mariano Maroto, SL», otorgan lo siguiente: don M. M. M. reconoce la deuda de 175.000 euros que tiene con doña M. C. T. A.; establecen que será pagada mediante 60 cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses, siendo la primera el 7 de agosto de 2023 y la última el 7 de julio de 2028; se pacta un interés fijo anual del 4 %, siendo el importe de cada cuota toda la vida del préstamo de 3.033,33 euros; la sociedad «Congelados Mariano Maroto, SL» constituye hipoteca a favor de doña M. C. T. A. de una nave industrial propiedad de la compañía. A la escritura se incorpora información mercantil interactiva de los Registros Mercantiles de España, de la que resulta que el capital social es de 3.010 euros, y certificación de la junta universal de la sociedad en la que se autoriza específicamente a la hipoteca que se otorga.

El registrador señala tres defectos de los que solo es objeto de recurso el primero de ellos que es el siguiente: que la hipoteca calificada, que supone una garantía para la adquisición de las participaciones sociales de la sociedad hipotecante, ha sido constituida vulnerando la prohibición establecida en el párrafo segundo del artículo 143 de la Ley de Sociedades de Capital.

La recurrente alega lo siguiente: que es necesario partir de la singularidad del supuesto de hecho, que se concreta en que el negocio que genera la prestación de garantía es la liquidación de la sociedad de gananciales; que no se trata de una adquisición, originaria o derivativa, de participaciones de la sociedad que presta la asistencia (asistente) por parte del tercero (asistido), es decir que no se cumple el requisito en este caso; que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo; que la jurisprudencia, lejos de asimilar la liquidación de la sociedad de gananciales a los títulos traslativos se preocupa de señalar la diferencia con ellos como ocurre para todos los supuestos de extinción de situaciones con titularidades pluripersonales; que no nos encontramos ante un supuesto de asistencia financiera prohibida, por no cumplirse los requisitos exigidos; que desde el punto de vista literal, a la hora de expresar el resultado de las operaciones de liquidación en ningún momento se utiliza la expresión «adquirir», sino que con absoluta propiedad se emplea el término «adjudicación»; que la liquidación no se encuentra en la enumeración de los modos de adquirir la propiedad, ni es justo título a los efectos de la usucapión, por lo que debe concluirse que desde este punto de vista tampoco cabe asimilar los supuestos liquidatorios a los títulos adquisitivos; que no

cabe dudar sobre la posibilidad de que existan operaciones de crédito y garantía y operaciones de asistencia financiera, entre la sociedad y los socios, pues así lo reconoce expresamente el artículo 162 de la Ley de Sociedades de Capital con el requisito de acuerdo concreto para cada caso; que frente a esta regla general permisiva de la asistencia financiera, la excepción es la prohibición que establece el artículo 143.2 de la Ley de Sociedades de Capital para la adquisición de sus propias participaciones –o de las creadas por la sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca–; que la argumentación de la nota de calificación conduce directamente a la exclusión del mucho más amplio elenco de operaciones permitidas por el artículo 162 de la Ley de Sociedades de Capital, especialmente las garantías a favor de los socios; que la doctrina reconoce la validez de determinadas operaciones cuando no se causa perjuicio a los acreedores y no afecta a la estructura de la propiedad, y en concreto, se admite que si no hay socios minoritarios en la sociedad (sociedad unipersonal) o se adopta el acuerdo por unanimidad, como ocurre en este caso, no se debe aplicar la prohibición; que en el presente caso, la adjudicación de las participaciones sociales ha hecho que la sociedad haya devenido unipersonal, como se puede comprobar con la información del Registro Mercantil incorporada en la que consta la cifra del capital social.

2. El artículo 143 de la Ley de Sociedades de Capital establece lo siguiente: «Negocios prohibidos a la sociedad de responsabilidad limitada (...) 2. la sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca».

Por su parte, el artículo 150 de la Ley de Sociedades de Capital establece, para las sociedades anónimas, lo siguiente: «Artículo 150. Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias y de participaciones o acciones de la sociedad dominante. 1. La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero».

Como afirma la recurrente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2023 señala los elementos que definen la aplicación de la prohibición ante los supuestos de esa naturaleza: «Al analizar la estructura interna de la prohibición de asistencia financiera del art. 150.1 LSC, se observa la concurrencia en la misma de tres elementos o presupuestos esenciales: (i) un acto o negocio de financiación o de “asistencia financiera” por parte de la sociedad a favor o en beneficio de un tercero (socio o no); (ii) una adquisición, originaria o derivativa, de acciones de la sociedad que presta la asistencia (asistente) por parte del tercero (asistido); y (iii) un vínculo o relación finalista, teleológica o causal entre el negocio o acto de asistencia financiera y el de adquisición, por ser la finalidad de aquella asistencia favorecer o facilitar esta adquisición».

3. El registrador, con base en el artículo 143, suspende la inscripción y lo fundamenta en que la sociedad limitada está prestando garantía para la adquisición de sus propias participaciones vulnerando la prohibición establecida en el precepto citado; y, para relacionar la prohibición de la asistencia financiera y esta clase de negocios jurídicos, sostiene que el objetivo fundamental que se persigue con la prohibición es impedir que las sociedades vean disminuido su patrimonio como consecuencia de servir ellas mismas de apoyo en su propia adquisición, protegiendo, con ello, el principio de integridad del capital social. Lo justifica en que la asistencia financiera para la adquisición de las participaciones sociales supone un alto riesgo para los acreedores de la sociedad limitada, ya que puede dar lugar en caso de ejecución de la garantía a una disminución del patrimonio social, y tal disminución del patrimonio social estaría debida no a un negocio desarrollado en ejecución del objeto social, sino a uno que hubo tenido por objeto exclusivamente el cambio en la titularidad de las participaciones sociales. De ahí que la fundamentación de la prohibición de la asistencia financiera vela no exclusivamente por los intereses societarios internos, sino también los intereses externos y la protección de los acreedores y extiende la prohibición cuando el préstamo o la

garantía se han concedido para la compra de las participaciones sociales a un tercero o cuando la garantía o préstamo se han concedido para la adquisición derivada de una operación liquidatoria.

Así, el registrador se refiere a los efectos de esa «asistencia financiera», y entiende que, en caso de incumplimiento por parte de deudor de su obligación de pago a su cónyuge de las cantidades aplazadas como consecuencia de la liquidación de gananciales, tendría lugar la ejecución de la hipoteca constituida con la correspondiente disminución del patrimonio de la sociedad en perjuicio de sus acreedores, y el patrimonio se ve comprometido en la misma medida ya sea traslativo, ya sea liquidatorio el negocio realizado. Pero para incluir la garantía entre las prohibidas, debe equiparar la operación liquidatoria a la adquisición de propias participaciones y sostiene que se utiliza el término adquisición para referirse indistintamente a las derivadas de una operación traslativa o de una operación liquidatoria, de manera que se produce una adquisición de la totalidad del bien como consecuencia de una extinción de comunidad derivada del negocio liquidatorio. Concluye que, debe entenderse que la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones ha de incluir la derivada de los negocios liquidatorios, ya que no pueden entenderse excluidas por el tenor literal del precepto ni por su finalidad ya que violenta del mismo modo el derecho de los acreedores la garantía prestada para la financiación de una venta de participaciones o para la financiación de la liquidación de gananciales. Por tanto, a su juicio, la interpretación teleológica o finalista de la norma obliga a incluir los negocios liquidatorios entre aquéllos cuya financiación no puede asistir la sociedad limitada, y debe, por tanto, entenderse nula la hipoteca constituida e impedirse su acceso al Registro. En definitiva, entiende que la liquidación de la sociedad de gananciales constituye un supuesto de «adquisición» de participaciones al que es aplicable la norma prohibitiva.

La recurrente opone previamente que, siendo un caso singular de liquidación de gananciales, no se trata de una adquisición, originaria o derivativa, de participaciones de la sociedad que presta la asistencia por parte del tercero, es decir que no se cumple el segundo requisito o presupuesto determinante de la asistencia financiera en este caso.

En este punto, el registrador ha motivado la calificación negativa en la Resolución de este Centro Directivo de 1 de diciembre de 2000, que recoge un supuesto en el que una sociedad de responsabilidad limitada constituye hipoteca en garantía del precio aplazado de la compraventa de participaciones de su propio capital realizada entre socios; para considerar incluida la liquidación de la sociedad de gananciales como negocio de adquisición de participaciones de la propia compañía y, en consecuencia, la operación de garantía como asistencia financiera, el registrador alega diferentes argumentos extraídos de una Resolución de 19 de mayo de 2011: la utilización como títulos inmatriculadores de los negocios liquidatorios; la necesidad de autorización judicial en determinados casos de adjudicación de bienes en que participen menores; la atribución a la partición de efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos.

4. En cuanto a la naturaleza de las disoluciones de comunidad, como bien recoge la recurrente, este Centro Directivo en Resolución de 27 de noviembre de 2023, establece la siguiente doctrina:

«Por un lado, hay un sector doctrinal que defiende el carácter meramente especificativo de derechos de la disolución de comunidad, que no implica un título de transferencia inmobiliaria. Por otra parte, distinto sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución.

Desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o personas con discapacidad implicados en la disolución de comunidad, esta Dirección General exigió la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que, habiendo varias cosas en comunidad, se rompe la regla de posible igualdad del artículo 1061 del Código Civil. Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al

menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), o tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007).

Igualmente, el Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la naturaleza jurídica de la división de la cosa común y la partición de herencia. Frente a las teorías que afirman o niegan rotundamente su carácter traslativo, prevalece en la jurisprudencia una consideración intermedia de la partición. Por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007 y 28 de mayo de 2015 afirman: “esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio código (...) Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia (...)”. Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que sólo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 recuerda que: “La doctrina entiende que el «acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes”, por lo que debe ser calificado como “un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial”.

En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero, en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), lo que explica, por ejemplo, que haya sido considerada por esta Dirección General como título inmatriculador.

La extinción de la comunidad *stricto sensu* termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su división.

Tradicionalmente nuestro Derecho ha mirado con disfavor las situaciones de comunidad o condominio, por ser antieconómicas (se dificulta la explotación de los bienes y se reduce su valor), y constituir fuente de litigiosidad (*mater rixarum*), aunque más propiamente podría afirmarse que este disfavor sólo tiene lugar cuando la situación de comunidad no es eficiente económicamente, pues hay supuestos de comunidades funcionales en que la explotación, uso o disfrute “en común” es más eficiente que si este se dividiese. Por ello, y dejando a salvo supuestos especiales, lo cierto es que la ley permite, y aun facilita, la extinción de la comunidad, que puede tener lugar mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no), en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualesquiera títulos de adquisición o dispositivos, incluyendo la renuncia de un comunero; y también, cuando se trate de bienes indivisibles, por su adjudicación a uno que compensa a los otros su derecho (en dinero o mediante otros bienes o servicios), sin que por ello pueda considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (cfr. artículos 404 y 1062 del Código Civil y las Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004, 4 de abril de 2005 y 16 de diciembre de 2021, entre otras). 1962, 2 de enero de 2004, 4 de abril de 2005 y 16 de diciembre de 2021, entre otras).

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha puesto de relieve que ‘la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente

dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente’ (vid. Sentencias números 1484/2018, 9 de octubre, 382/2019, 20 de marzo, y 1269/2022, 10 de octubre)”.

Interesa destacar la conclusión a que se llega después de estos razonamientos: «En definitiva, la extinción de comunidad a que se refiere el presente recurso no es un acto traslativo. No hay una nueva adquisición (el adjudicatario no queda amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni la adjudicación es título para la usucapión ordinaria). Precisamente por ser mero desenvolvimiento del derecho que ya tenía el adjudicatario, el artículo 450 del Código Civil dispone que “cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión”.»

Como corolario de esta doctrina, la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo de manera que no cabe equiparar la liquidación de la sociedad de gananciales con los supuestos traslativos o adquisitivos. Por tanto, en estos casos, no resulta aplicable la doctrina de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 2000 en la que se declaró la nulidad de una hipoteca constituida por la sociedad en garantía del aplazamiento del pago del precio de una compraventa entre los socios. En consecuencia, no se trata de un supuesto de asistencia financiera prohibida, por no cumplirse todos los requisitos exigidos.

5. En cuanto a la interpretación literal del término adquisición, el registrador entiende que no se emplean exclusivamente para hacer referencia a las liquidaciones derivativas propiciadas por la realización de los negocios traslativos, sino igualmente para hacer referencia a las adquisiciones derivadas de las adjudicaciones propiciadas por los negocios liquidatorios.

En primer lugar, como alega la recurrente, hay que tener en cuenta la dificultad de expresar con rigor suficiente el efecto propio de la liquidación, lo que propicia el empleo de términos análogos, que, a veces, pueden resultar más o menos apropiados. En segundo lugar, el Código Civil, a la hora de expresar el resultado de las operaciones de liquidación, no utiliza la expresión «adquirir», sino que con propiedad emplea el término «adjudicación». Así en el artículo 399 –«se adjudique»–, en el 401 –mediante la adjudicación–, en el 404 –en que se adjudique–, 1061 –haciendo lotes o adjudicando–, 1062 –podrá adjudicarse a uno–, 1066 –finca adjudicada a diversos–, 1068 –que le hayan sido adjudicados–, 1069 –de los bienes adjudicados–, 1401 –que le hayan sido adjudicados–, 1405 –adjudicándole bienes comunes–, y en el 450 «la parte que al dividirse le cupiere». En definitiva, la liquidación no se encuentra en la enumeración de los modos de adquirir la propiedad, ni es justo título a los efectos de la usucapión, por lo que se concluye en que no cabe asimilar los supuestos liquidatorios a los títulos adquisitivos.

6. También motiva el registrador la calificación negativa en que existe el riesgo de que la ejecución de la hipoteca produzca una disminución del patrimonio social en perjuicio de los acreedores sociales, y que este efecto se produce como consecuencia de un negocio que no tenía por fin el desarrollo del objeto social, sino exclusivamente una alteración en la titularidad de las participaciones sociales que pasan a ser privativas de uno de los socios cuando antes eran gananciales.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 162 de la misma Ley de Sociedades de Capital establece, como la regla general, lo siguiente: «Concesión de créditos y garantías a socios y administradores. 1. En la sociedad de responsabilidad limitada la junta general, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores. 2. No será necesario el acuerdo de la junta general para realizar los actos anteriores en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo». De esto se deduce que hay una regla general permisiva de la asistencia financiera –con el requisito de que se adopte acuerdo concreto para cada caso–, y una excepción que es la prohibición que establece el artículo 143.2 para la adquisición de sus propias

participaciones –o de las creadas por la sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca–. Por tanto, debe decaer esta motivación de la calificación pues de otra forma se prohibirían todas las operaciones permitidas por el citado artículo 162.

7. Recapitulando, el negocio que genera la prestación de garantía es la liquidación de la sociedad de gananciales, que no se trata de una adquisición originaria o derivativa de participaciones de la sociedad que presta la asistencia por parte del tercero, por lo que no se cumplen todos los requisitos y por tanto no nos encontramos ante un supuesto de asistencia financiera prohibida; desde el punto de vista literal, a la hora de expresar el resultado de las operaciones de liquidación, la ley no utiliza la expresión «adquirir», sino que con absoluta propiedad se emplea el término «adjudicación»; la liquidación no se encuentra en la enumeración de los modos de adquirir la propiedad, ni es justo título a los efectos de la usucapión, por lo que debe concluirse que no cabe asimilar los supuestos liquidatorios a los títulos adquisitivos; existe la posibilidad de operaciones de crédito y garantía y operaciones de asistencia financiera, entre la sociedad y los socios, pues así lo reconoce expresamente el citado artículo 162 de la Ley de Sociedades de Capital con el requisito de la existencia de acuerdo concreto para cada caso; y, frente a esta regla general permisiva de la asistencia financiera, está la excepción de la prohibición que establece el artículo 143.2 de la Ley de Sociedades de Capital para la adquisición de sus propias participaciones –o de las creadas por la sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca–; entender otra cosa sería la exclusión de operaciones permitidas por el artículo 162 de la Ley de Sociedades de Capital, especialmente las garantías a favor de los socios. La doctrina reconoce la validez de determinadas operaciones cuando no se causa perjuicio a los acreedores y no afecta a la estructura de la propiedad.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación en cuanto al primero de los defectos, único respecto del que se interpone el recurso.

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

Madrid, 23 de abril de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.