

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

17548 *Resolución de 29 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil I de Madrid a inscribir una escritura de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don F. J. D. C., en nombre y representación de «Bag End Residencial, S.L.», contra la negativa de la registradora Mercantil I de Madrid, doña Isabel Adoración Antoniano González, a inscribir una escritura de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Por medio de escritura otorgada el día 25 de febrero de 2021 ante el notario de Madrid, don Pedro José Garrido Chamorro, con el número 362 de protocolo, se procedió a elevar a público los acuerdos adoptados por la junta universal de socios de «Bag End Residencial, S.L.», celebrada el día 19 de febrero de 2021, concernientes a la ampliación de su capital social mediante aportación no dineraria de una vivienda, perteneciente con carácter privativo a una persona divorciada, y gravada con un «derecho de uso y disfrute» a favor de los hijos comunes y del cónyuge cuyo vínculo se había disuelto.

En dicha escritura se hacía constar que dicha vivienda «se encuentra gravada por un derecho de uso y disfrute a favor de Doña C. F. M. G. e hijos, el cual ha sido tenido en cuenta al fijar el valor de la finca».

II

Presentada el día 4 de marzo de 2021 dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Documento presentado 2.021/03 33.978,0.
Diario 3.110.
Asiento 308.

La registradora Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defectos que impiden su práctica:

Entidad: Bag End Residencial SL.

Aclarar si el derecho de uso y disfrute de doña C. F. M. G. e hijos es el previsto en el artículo 96 del Código Civil, en cuyo caso sería necesario para la disposición de la vivienda su consentimiento o, en su caso, autorización judicial (artículos 96 C.C y 63 y siguientes LSC).

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, 05 de marzo de 2021 La registradora (firma ilegible).»

Retirada el día 15 de marzo de 2021 y presentada nuevamente en la misma fecha, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Documento presentado 2.021/03 39.385,0.
Diario 3.110.
Asiento 308.

La registradora Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defectos que impiden su práctica:

Entidad: Bag End Residencial SL.

“Se reitera la anterior nota de calificación:

‘Aclarar si el derecho de uso y disfrute de doña C. F. M. G. e hijos es el previsto en el artículo 96 del Código Civil, en cuyo caso sería necesario para la disposición de la vivienda su consentimiento o, en su caso, autorización judicial (artículos 96 C.C y 63 y siguientes LSC).’

La carga de la ocupación que regula el artículo 96 del Código Civil no es un derecho real con valoración económica que disminuya el valor de la finca aportada sino que, es un derecho real familiar ejercitable erga omnes y que constando en el Registro de la Propiedad, su eficacia es total (Sentencia Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994) por ello, el último párrafo del artículo 96 CC establece una limitación a las facultades dispositivas del titular de la vivienda atribuida al otro cónyuge, en forma paralela a lo dispuesto en el artículo 1320 del Código Civil (artículos 96 y 1320 CC, Sentencia Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994 y Resoluciones DGRN de 9 de junio de 2013 y 29 de octubre de 2020).

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, 24 de marzo de 2021 La registradora (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora).”»

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de Getafe número 2, doña Beatriz Sofía Bernal Aguilar, quien, mediante nota de fecha 26 de abril de 2021, acordó «desestimar la solicitud formulada, confirmando la nota de calificación».

Mediante diligencia extendida el día 10 de mayo de 2021 por el notario de Madrid, don Pedro José Garrido Chamorro, e incorporada a la escritura, se dejaba constancia de la comparecencia de don J. A. R. G., aportante del inmueble controvertido, y don F. J. D. C., administrador único de «Bag End Residencial, S.L.», a efectos de entregar para su protocolización un certificado referido a un nuevo acuerdo adoptado en junta universal de la compañía para aclarar el sentido de la aportación, cuyo contenido era igualmente consentido y aceptado por el aportante. En síntesis, el esclarecimiento que introducía consistía en explicar que la aportación se realizaba sin perjuicio del derecho de uso y disfrute, el cual subsistiría sin limitación alguna, y que en el valor atribuido a la finca se había tenido en cuenta este extremo.

Presentada el día 17 de mayo de 2021 nuevamente la escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Isabel A. Antoniano González, registradora mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a

lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Diario/Asiento: 3110/308.
F. presentación: 04/03/2021.
Entrada: 1/2021/75.653,0.
Sociedad: Bag End Residencial SL.
Autorizante: Garrido Chamorro Pedro José.
Protocolo: 2021/362 de 25/02/2021.
Fundamentos de Derecho (defectos).

Presentada de nuevo esta escritura con diligencia de protocolización de certificación de acuerdo adoptado en la Junta General de 1 de mayo de 2021, se reitera la anterior nota de calificación:

En el nuevo acuerdo adoptado, como aclaración de la aportación de una vivienda gravada con el derecho de ocupación del artículo 96 CC, se vierten expresiones que no son conformes con lo dispuesto en dicho artículo 96 CC «con contenido análogo a la nuda propiedad» «no se dispone de la vivienda sino de un derecho limitado sobre la misma.»

En la escritura consta, con claridad, descrita la aportación no dineraria (artículo 63 y siguientes LSC), consistente en una vivienda que, además de otras cargas, está gravada con la carga de ocupación regulada por el artículo 96 CC e inscrita en el Registro de la Propiedad.

La carga de la ocupación que regula el artículo 96 del CC, no es un derecho real con valoración económica que disminuya el valor de la finca aportada, sino que, como ha declarado en numerosas ocasiones la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública: «el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real pues la clasificación de los derechos reales y derechos de créditos, se refieren a los derechos de tipo patrimonial y, el derecho expresado, no es de carácter patrimonial sino de carácter familiar, siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para disponer de la vivienda...» (Resoluciones DGSJ y FP de 30 de mayo de 2018 y anteriores: 5 de junio de 2008, 10 de octubre de 2008, 19 de enero y 20 de octubre de 2016, entre otras).

El derecho del cónyuge, titular del uso, es oponible a los terceros que adquieran la vivienda. No es necesario, ni procede, manifestar como se hace en el escrito de subsanación, el compromiso de la sociedad adquirente de respetarlo y, con ello, eludir el cumplimiento de la exigencia legal que afecta directamente a la capacidad de aportar dicha vivienda gravada con el derecho de uso (Sentencias Tribunal Supremo 27 diciembre 1999, 11 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003, 8 mayo 2006, entre otras y Resoluciones DGSJ y FP 10 octubre 2008, ya citada, entre otras).

Ha sido declarado por la doctrina de nuestra Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que «el derecho de uso sobre la vivienda familiar lo integra: por un lado, un derecho ocupacional y por otro, una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial (artículo 96 último párrafo del Código Civil)».

(Resolución DGSJ y FP de 11 de enero de 2018).

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, a 2 de junio de 2021 La registradora (firma ilegible).»

III

Contra la anterior nota de calificación, don F. J. D. C., en nombre y representación de «Bag End Residencial, S.L.», interpuso recurso el día 29 de junio de 2021 mediante escrito en los siguientes términos:

«Expone:

Primero. Que, se ha recibido procedente de ese organismo notificación de suspensión de inscripción referida en la parte superior de este escrito por una serie de defectos apreciables por la Registradora Mercantil de Madrid Doña Isabel A. Antoniano González por una serie de expresiones que no son conformes con lo dispuesto en el artículo 96 CC “con contenido análogo a la nuda propiedad” “no se dispone de la vivienda sino de un derecho limitado sobre la misma” (...)

Segundo. Que, es por lo que, por medio del presente escrito interpongo recurso administrativo ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, contra la resolución notificada y, de éste modo, por estimarla no conforme a Derecho, vengo a promover su revisión, para que se declare nula pleno derecho, o bien se revoque, y, en ambos casos, se ordene la inscripción de la escritura 2021/362 de 25 de Febrero de 2021, y con apoyo en las siguientes,

Hechos:

Primera. Sobre la validez del documento.

El artículo 6 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil establece que “Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita fa inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro”.

Asimismo, sobre el ámbito de calificación del Registrador del artículo 58 “1. La calificación del Registrador se extenderá a los extremos señalados en el artículo 6 de este Reglamento.

2. El Registrador considerará faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos inscribibles, las que afecten a su validez, según las leyes que determinan su forma, siempre que resulten de los documentos presentados. Del mismo modo, apreciará la omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción o que, aun no debiendo constar en ésta hayan de ser calificadas”.

Por último, sobre los efectos de la calificación “1. Si el título no contuviere defectos, se practicarán inmediatamente los asientos solicitados, extendiendo al pie de aquél y al margen del asiento de presentación la oportuna nota de referencia.

2. Si el título comprendiere varios hechos, actos o negocios inscribibles, independientes unos de otros, los defectos que apreciase el Registrador en alguno de ellos no impedirán la inscripción de los demás, debiendo practicarse, respecto de éstos, los asientos solicitados.

3. Si la calificación atribuyere al título defectos que impidan su inscripción, se consignará aquélla en nota fechada y firmada por el Registrador, en la que se expresarán de forma clara, sucinta y razonada todos los que se observaren, señalando si son subsanables o insubsanables, así como la disposición en que se funda o la doctrina jurisprudencial en que se ampara.

Dicha nota habrá de extenderse al pie del título y reproducirse al margen del asiento de presentación.

4. Si los defectos imputados al título fueren subsanables, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá, a solicitud del interesado, anotación preventiva que caducará a los dos meses desde su fecha.

5. Si los defectos fueren insubsanables, se denegará la inscripción sin que pueda practicarse anotación preventiva”.

Por todo ello, entiende esta parte que la Registradora ha extralimitado sus funciones de calificación del documento que se presentó para su inscripción, ya que su finalidad es ver si el documento cumple con todas las formalidades mercantiles para proceder a su inscripción sin que le corresponda a ella analizar el derecho sustantivo y de fondo de dicho documento. De esta función ya le corresponderá al Registrador de la Propiedad.

En este sentido, en la escritura podemos ver que la aportación se realiza sobre la nuda propiedad, sin que en ningún momento se esté valorando el derecho del artículo 96 del CC que grava el inmueble. Se valora lo que se aporta a la sociedad. El derecho del artículo 96 ce se respeta en toda su plenitud.

Ante estas circunstancias y conforme al cuadro de competencias del Registrador Mercantil, entiende esta parte que el documento es perfectamente válido y debe procederse a su inscripción, pues de otro modo, ¿qué función tendrían los registradores de la propiedad?

Lo que la Ley de Sociedades de Capital exige para la figura de la aportación social es que se trate de “bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica”. Y no hay duda que el inmueble en cuestión y con las limitaciones que le impone el artículo 96 entra dentro de esta categoría al poderse valorar, lo que nos debe de llevar a la conclusión que también proceder a su inscripción en este Registro.

Es que quizá la Registradora Mercantil desconozca que se encuentre en el Registro Mercantil y no en el de la Propiedad. Por si había alguna duda, esta parte quiere inscribir la escritura en el Registro Mercantil que es donde se ha presentado. Y en este sentido, en la escritura pública se expresa el negocio jurídico que se realiza y que es el de aportación del bien a una sociedad cuyo capital se amplía con la emisión de unas nuevas participaciones, dándose así el valor a la nuda propiedad del inmueble, tal y como se exige en el Registro Mercantil.

Cualquier función que exceda del marco expresado no le corresponde a la Registradora Mercantil pues ya hay otros departamentos de esta administración para analizar de fondo el derecho que se pretende inscribir. Desde el punto de vista mercantil, se cumplen escrupulosamente todos los requisitos necesarios para la inscripción y sin embargo, por esta actuación se está bloqueando toda la actividad de la sociedad ya que no puede inscribir posteriores negocios jurídicos que ha realizado, lo que le está provocando un grandísimo perjuicio cuyas acciones civiles y/o penales se reservará esta parte en defensa de los derechos que pudieran asistirle.

Y es que es completamente perjudicial el debate que pretende la Registradora Mercantil sobre si el derecho reservado del artículo 96 es o no un derecho de naturaleza real. Más allá de discutir su naturaleza, lo que de verdad importa a efectos de proceder o no a la inscripción en el Registro Mercantil es si el bien que se aporta es o no un bien o un derecho patrimonial susceptible de valoración económica. Y como es afirmativo, debería de inscribirse sin más.

Esta es la razón más importante por la que entendemos que se debe proceder a la inscripción por motivos de competencia. Pues como se ha dicho, con independencia de la naturaleza de la carga que grava la finca, de si es real o personal o lo que sea, la sociedad la ha valorado y ha aminorado el valor de lo aportado, que qué duda cabe de que algún valor ha de tener a pesar de la carga de uso que lo grava, y ha emitido un número de participaciones sociales en relación con esa valoración. Por eso, desde nuestro conocimiento, el documento de ampliación de capital cumple con todos los requisitos para inscribirse en el Registro Mercantil. Pero es que además, a más a más, las causas que alega sobre el fondo del asunto tampoco tienen nada que ver con la cuestión que se está tratando, por lo que también creemos que deberá de acceder al Registro de la propiedad en su momento, tal y como veremos en el siguiente correlativo.

Segunda. Sobre los fundamentos de la resolución.

Que, la fundamentación de la calificación notificada no tiene absolutamente nada que ver con el supuesto en el que nos encontramos.

Así es que la Registradora se ampara en procedimientos judiciales de división de la cosa común que ni de lejos son semejantes a la cuestión planteada en este caso concreto en el que nos encontramos.

En primer lugar, el derecho que ella trata de proteger, para el Tribunal Supremo (Sentencia de 11 de Diciembre de 1992) no duda que "...dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares,..."

Por tanto, al estar inscrito en el Registro Mercantil es perfectamente oponible a terceros y de esta forma se permite la transmisión de la nuda propiedad manteniendo inalterable el derecho del artículo 96 del CC que lo grava. El Tribunal Supremo prevé la transmisión del bien inmueble al referirse a «posteriores titulares».

Esto es así porque de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1994 "...el uso atribuido judicialmente a la vivienda... deba configurarse como un derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo,..."

¿Por qué no es exclusivo? Pues porque si bien es un título de suficientemente válido y eficaz el de la ocupante de la vivienda, no obstante, estará siempre subordinado al derecho de propiedad y no son incompatibles ni impositivos del disfrute, a tenor del artículo 432 del Código Civil. En este sentido y en relación al artículo 1.329 del CC, la respuesta de la DGRN siempre ha sido positiva, con tal que la transmisión que se formaliza no afecte al derecho del cónyuge a seguir utilizando la vivienda.

De esto último habla muy extenso la Sentencia del Tribunal Supremo 446/2018 de fecha 11 de Diciembre de 2018 que se refiere sobre la "oponibilidad que deriva –como cabe inferir de las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 2003 y 27 de Diciembre de 1999– de la coexistencia del derecho que otorga a todo propietario el artículo 400 del Código Civil con la atribución judicial del uso, conforme a lo establecido por el artículo 96 del mismo Código Sustantivo, al tratarse de derechos que no son contradictorios y que pueden compaginarse, ya que el derecho divisorio (incluso para el caso de procedimientos de división de la cosa común referidos por la Registradora) no elimina por completo la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa específica consecuente del proceso matrimonial y por ello, subsistiendo la situación establecida en la sentencia dictada en el proceso matrimonial ha de mantenerse la indemnidad de la ocupación de la vivienda y la eventual venta de la misma, derivada del ejercicio de la 'actio communi dividundo', debe respetar y garantizar la subsistencia del derecho de uso a la vivienda familiar, en tanto el mismo permanezca".

Una Sentencia reciente, actual y suponiendo que es referida al mismo caso concreto sobre el procedimiento de al actio comuni dividundo el propio Tribunal Supremo establece que ambos derechos coexisten y que no impide la eventual venta forzosa de la vivienda. Lo que nos llega a la conclusión que todos y cada uno de los argumentos de la Registradora, con independencia de si son de su competencia o no, son inexistentes.

Fundamentos de Derecho:

Núm. 1.148.–Sentencia de 11 de diciembre de 1992.

FJ 2. (...) Hoy en día, teniendo en cuenta las leyes vigentes (artículo 1.320 y artículo 96 ambos del Código civil, 94.1 del Reglamento Hipotecario y disposición

adicional 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio), que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral,

(...) la Sala comparte... la interpretación doctrinal que sostenía la naturaleza "sui generis" de la situación jurídica especial del ocupante en virtud del título que en este caso se contempla, cuyo contenido debía ser integrado de acuerdo con los principios generales del derecho en armonía con el interés que la ley intenta proteger, de manera que, aunque el cónyuge propietario podía ejercitar sus facultades dispositivas, si enajenaba la vivienda, el tercer adquirente recibía la cosa con la carga de la ocupación y el ocupante (cónyuge no titular), sería considerado como un poseedor legítimo, interpretación plenamente aceptable pues, en otro caso, se primarían los actos fraudulentos del cónyuge propietario, a merced de cuya voluntad quedaría burlar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros poco escrupulosos en perjuicio del interés familiar más necesitado de tutela (...).

No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor los tres hijos del matrimonio, conforme al artículo 96 del Código Civil y estos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso. Así su protección general ha alcanzado rango constitucional, por el artículo 39-1.º y 2.º de nuestra Carta Magna.

Conviene tener muy en cuenta que estas situaciones no resisten un tratamiento especial, ya que las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados y que no pueden resultar agravados, cuanto los actos de desposesión que pretenden los terceros recurridos, aparte de carecer de apoyo legal suficiente, se presentan directamente lesivos al servicio familiar que presta la vivienda en disputa y cuya posesión viene justificada, conforme queda dicho, por título suficientemente legítimo y eficaz, si bien subordinado siempre al de propiedad y que no es impeditivo del disfrute, a tenor del artículo 432 del Código Civil, resultando así explicado debidamente que la ocupación que detenta la recurrente y sus hijos se presenta procedente y genera el debido reconocimiento y protección de los Tribunales.

Fecha de Resolución 16 de diciembre de 1995.

Emisor Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil.

Núm. 1.073.-Sentencia de 16 de diciembre de 1995.

con la decisión que se emite de adjudicación en proindiviso de la vivienda y la eventual disposición de la misma, habida cuenta su no cuestionado derecho de estar atribuido su uso familiar judicialmente a la recurrente, se reproduce cuanto se expuso, en cuestión análoga, en la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 1994, aplicable "mutatis mutandi", que decía: "...no puede olvidarse, que ese derecho divisorio que se ejercita por la actora, subsigue a la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa específica, que ha acontecido a resultas del proceso de separación

personal de los cónyuges, y que, como efecto común, recogido en el Capítulo IX, Título IV, Libro I, arts. 90 y siguientes del Código Civil, establece que la sentencia en que se decreta la separación personal de los cónyuges, en defecto de acuerdo de los mismos, aprobada por el Juez asignará el uso de la vivienda familiar, y los objetos de uso ordinario que a ella corresponde, a los hijos y al cónyuge, en cuya compañía quedan, prescripción que, que cualquiera que sea la ulterior vicisitud que padezca esa vivienda, habrá de quedar debidamente garantizada so pena de vaciar de imperatividad ejecutoria lo así fijado judicialmente...

en el sentido pragmático de que, aun cuando se reconozca este derecho, y se proceda, incluso, a la ejecución divisoria de lo así acordado, en caso alguno, ello puede afectar ni erosionar el mantenimiento del derecho así reconocido en la tutela de la situación familiar, devenida tras la separación de los cónyuges... todo lo cual produce, que deba, por un lado, acogerse en parte el contenido de los motivos, en cuanto a la indemnidad, mientras dura la temporalidad del disfrute de esos derechos de uso, lo que tampoco puede provocar la desestimación total de la demanda, por cuanto que el derecho a la división reconocida ha de mantenerse, si bien, se reitera, bajo la limitación de que se hará sin perjuicio del contenido satisfactivo del susodicho derecho al uso de la vivienda familiar...".

sin perjuicio de, en su caso, la indemnidad sobre el derecho de uso familiar de la misma en los términos previstos en los arts. 90 y siguientes del Código Civil.

Jurisdicción: Civil.

Ponente: Ángel Luis Sobrino Blanco I r a.

Origen: Audiencia Provincial de Madrid.

Fecha: 11/12/2018.

Tipo resolución: Sentencia Sección: Vigésimoquinta.

Número Sentencia: 446/2018 Número Recurso: 424/2018.

Oponibilidad que deriva –como cabe inferir de las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003 y 27 de diciembre de 1999– de la coexistencia del derecho que otorga a todo propietario el artículo 400 del Código Civil con la atribución judicial del uso, conforme a lo establecido por el artículo 96 del mismo Código Sustantivo, al tratarse de derechos que no son contradictorios y pueden compaginarse, ya que el derecho divisorio no elimina por completo la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa específica consecuyente del proceso matrimonial y por ello, subsistiendo la situación establecida en la sentencia dictada en el proceso matrimonial ha de mantenerse la indemnidad de la ocupación de la vivienda y la eventual venta de la misma, derivada del ejercicio de la «actio communi dividundo», debe respetar y garantizar la subsistencia del derecho de uso a la vivienda familiar, en tanto el mismo permanezca.

Por todo ello,

Suplico al tribunal [sic]

Que teniendo por presentado este escrito, con el documento que al mismo se acompaña, se admitirlo, disponer su unión a los archivos del expediente administrativo y, en su virtud, se sirva decretar la admisión del Recurso contra la resolución notificada, anulando la precitada Notificación de suspensión de inscripción por ser defectuosa, y se proceda a acordar la nulidad del acto administrativo y se proceda a la inscripción de la escritura con el nº de protocolo 2021/362 de 25/02/2021, de conformidad con las alegaciones manifestadas en el cuerpo del mismo y dado el gran perjuicio que se está causando a la sociedad ante la imposibilidad de poder inscribir futuras ampliaciones de capital.»

IV

Notificada la interposición del recurso al notario de Madrid, don Pedro José Garrido Chamorro, como autorizante del título calificado, formuló, el día 21 de julio de 2021, las siguientes alegaciones:

«Informe sobre el recurso contra la calificación de la registradora Mercantil de Madrid, doña Isabel A. Antoniano González, de la escritura de aumento del capital social de la entidad Bag End Residencial, SL, número 362/2021 de protocolo.

El día dieciséis de julio de dos mil veintiuno, he recibido escrito de la Registradora Mercantil de Madrid, Doña Isabel A. Antoniano González, notificándome la nota de calificación de la escritura de aumento del capital social de la entidad Bag End Residencial SL, otorgada el día veinticinco de febrero de dos mil veintiuno, con el número 362 de mi protocolo.

En relación con dicha nota de calificación, emito el siguiente informe:

1. La calificación de la registradora se basa en dos razones fundamentales, con las que se discrepa completamente:

A. Que estando la vivienda aportada sujeta a la carga que se prevé en el art. 96 del Cc, consistente según la nota registral protocolizada en que “el uso y disfrute de esta finca se atribuye a los hijos y a doña C. F. M. G.” (sic), dicha carga, según la calificación registral “no es un derecho real con valoración económica que disminuya el valor de la finca aportada”.

Se afirma además sobre ese derecho del cónyuge que «es oponible a los terceros que adquieran la vivienda», y se califica de innecesario e improcedente manifestar el compromiso de la sociedad adquirente de respetarlo.

B. Se afirma asimismo que el mencionado derecho de uso y disfrute genera una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o en su caso, autorización judicial.»

2. Es cierto, e indiscutible, que el art. 96 del Cc establecía, en su redacción vigente en el momento en que se formalizó el aumento del capital, que «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

Ahora bien, la interpretación de las normas no debe ni puede limitarse a la simple aplicación literal de su mandato, sin más consideraciones, si no se quiere caer en un primitivismo jurídico inflexible y generador de efectos ineficientes para la sociedad en que se está aplicando la norma. Por ello, la interpretación tiene que hacerse, necesariamente, a la vez con criterios teleológicos, que tengan en cuenta la finalidad perseguida por la norma, y sociológicos, que tomen en consideración la realidad social del tiempo de su aplicación, así como su diferencia frente a la del tiempo en que la misma fue dictada.

Por lo demás, es preciso recordar que la norma del art. 96 Cc que exige el consentimiento del cónyuge no titular, en cuanto prohibitiva o imperativa, debe ser objeto de una interpretación no necesariamente restrictiva, pero sí estricta; es decir, ajustada a la finalidad que con ella se pretende, evitando por tanto aplicarla a supuestos ajenos a esa finalidad personal-familiar de protección de los hijos menores y del cónyuge en cuya compañía queden.

3. Empezando por la primera cuestión, la naturaleza de este derecho, que ciertamente no es un derecho patrimonial encajable en la clasificación entre derechos reales y de crédito (cfr., entre otras muchas, la RDGSJyFP 27 de diciembre de 2017 y la STS de 18 de enero de 2010), las conclusiones que de ello se extraen son erróneas, y conducen a conclusiones incorrectas. Es claro que se trata de un derecho que se incardina en la esfera personal-patrimonial, y de ello se desprenden dos consecuencias: Por un lado, la disociación, en su definición legal, de su titularidad (que corresponde al

cónyuge en cuya compañía queden los hijos) y el interés protegido (que es el de éstos). Y por el otro, su temporalidad como característica propia y definitiva, ya que el derecho durará hasta la mayoría de edad o independencia económica de los hijos (con la nueva redacción del artículo, únicamente hasta su mayoría de edad), o bien, si se constituye para el por el cónyuge no titular, por el tiempo que prudencialmente se fije.

Ahora bien, esa naturaleza esencialmente familiar no excluye un efecto que es evidente: la posibilidad de que al derecho se le atribuyan efectos erga omnes, mediante su constancia registral. Y es importante recordar que esta característica no estuvo presente en la redacción y que fue discutida en los primeros tiempos después de la introducción del art. 96 del Cc, a partir del año 1981. Sin embargo, en la actualidad la posibilidad de inscripción del uso y disfrute atribuido al cónyuge y a los hijos está fuera de toda duda.

Pues bien, en esta situación no tiene ningún sentido que, por tratarse de un derecho de la esfera personal-familiar, se ignore una característica que comparte con los derechos reales, como es su oponibilidad erga omnes cuando haya sido inscrito, y se actúe como si la misma no existiera.

4. Debe recordarse, por otra parte, que una característica esencial de esta atribución del uso y disfrute es necesaria y esencialmente temporal: La RDGSJyFP de 11 de enero de 2018 señaló que el derecho de uso de la vivienda sin limitación temporal es contrario al art. 96.3 Cc, siguiendo la doctrina sentada por el TS, en Sentencias de 26 de mayo de 2015 y de 21 de julio de 2016. Y, en consecuencia, como ha señalado esa y otras Resoluciones, para poder inscribir esa limitación del dominio, es necesario, por aplicación del principio de especialidad, una determinación precisa de los datos que determinen dicho plazo: la edad e identidad de los menores de edad beneficiarios del derecho de uso, o el plazo concreto que, en su caso, hubiera establecido la Sentencia de separación o divorcio para el mismo.

En el presente supuesto, la nota informativa no ofrece datos sobre el plazo de duración del derecho, pero sin duda el mismo debería estar perfectamente determinado en la inscripción, y sería posible obtener sobre el mismo la información precisa que la nota informativa debería haber ofrecido.

5. Sentadas las bases anteriores, se debe entrar en el primer problema que debe constituir la base de la revisión de la calificación registral: el argumento de la nota de que el derecho «no es un derecho real con valoración económica que disminuya el valor de la finca aportada».

Tal afirmación carece por completo de sentido, no ya jurídico, sino real, o económico. Sea cual sea la naturaleza de ese derecho, es una limitación del dominio que, evidentemente, genera una disminución del valor de la propiedad aportada a la sociedad, y por ello se hizo constar en la escritura de aumento del capital la simple afirmación de que esa carga o limitación había sido tenida en cuenta para su valoración.

En cualquier caso, esa afirmación es totalmente irrelevante para la validez de aumento del capital. Lo importante es si lo que se aporta es un «bien o derecho susceptible de valoración económica», como exige el art. 58.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Y no cabe duda de que la propiedad, gravada o limitada por el derecho de uso y disfrute del cónyuge no titular, es un derecho susceptible de valoración económica, que puede ser aportado. La discusión sobre la cuantía de la reducción de su valor, por otra parte, no es una cuestión que deba ser objeto de calificación por la registradora mercantil, puesto que el régimen de responsabilidad solidaria por la valoración de las aportaciones que ha establecido el art. 73 de la misma Ley resuelve la problemática inherente a la misma.

6. La única cuestión que queda por resolver es si la exigencia del art. 96, cuando establece que «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial». El problema a analizar es si ningún acto de disposición puede realizarse sin el consentimiento del otro cónyuge, o si hay ciertos actos que, por no

afectar a los intereses protegidos, es decir al uso efectivo y seguro de la vivienda por el cónyuge y los hijos, pueden ser realizados por el propietario por sí solo.

La cuestión ha sido analizada reiteradamente en supuestos del art. 1320 del propio Cc, norma de régimen matrimonial primario y aplicable por tanto para cualquier régimen económico matrimonial que los cónyuges hayan querido establecer. Y debe tenerse en cuenta que la dicción del art. 1320 es incluso algo más rigurosa que la del art. 96, puesto que impone la exigencia que analizamos no sólo para disponer de la vivienda, sino incluso para disponer de «los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia», es decir, de cualquier derecho.

Pues bien, pese a los términos tan tajantes del art. 1320, la DGSJyFP ha afirmado en diversas ocasiones la eficacia de los actos dispositivos realizados sólo por el titular, cuando no lesionaban ni limitaban el uso de la vivienda familiar por el otro cónyuge. La absoluta falta de trascendencia y efectos del acto de disposición para el mantenimiento del uso de la vivienda hace que la exigencia del consentimiento del otro cónyuge, e incluso la oposición por el mismo al acto dispositivo, resultaran infundados, y por ello se debiera inscribir el acto dispositivo cuando faltara dicho consentimiento.

Sin ánimo de ser exhaustivos, y limitándonos a algunas de las más recientes de las numerosas resoluciones dictadas sobre la materia, cabe citar varias de ellas que proporcionan un sólido fundamento a la interpretación que aquí se defiende.

Así, por ejemplo, la reciente RDGSJyFP de 13 de junio de 2018 establece la posibilidad de la constitución de una servidumbre de paso sobre la azotea de la vivienda familiar, sin el consentimiento del cónyuge no titular. El razonamiento de la DG se basa en la obtención de las finalidades del precepto, cuando dice que «La técnica de tutela se articula a través de esa exigencia del consentimiento de ambos cónyuges: tanto de aquel que ostenta la titularidad sobre la vivienda o la titularidad del derecho sobre ella como del otro cónyuge. A través de esta técnica, el precepto prohíbe el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del inmueble en que los cónyuges han fijado el alojamiento familiar. La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge y, a través de él, a la familia el espacio propio de convivencia frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien».

A la vista de la finalidad de la norma, continúa afirmando que «no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge. Se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda familiar habitual», de modo que «La finalidad perseguida por esa proposición normativa, que exige el consentimiento de ambos cónyuges, constituye el criterio interpretativo para determinar qué actos concretos quedan sustraídos a la libre ejecución del titular».

Por consiguiente, sigue afirmando que atendiendo a esa finalidad y a esa terminología, es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca; en cambio, no lo está la constitución de la servidumbre de paso, por tratarse de «un derecho real limitativo del dominio, que, si bien no supone una total sustracción del goce sobre la cosa, sí limita éste, incluso de forma perpetua», pero por tratarse de una afectación marginal no es preciso el consentimiento del otro cónyuge, en cuanto, «atendiendo a la interpretación jurisprudencial de este precepto legal, debe entenderse que la prevención establecida en el mismo no es aplicable en el presente caso, por tratarse de una servidumbre externa a la vivienda habitual que sólo afecta a una parte de un elemento anejo a dicha vivienda (la azotea, que aun cuando forma parte del mismo edificio en régimen de propiedad horizontal tiene acceso directo e independiente desde la calle), sin que exista elemento objetivo alguno (cfr. la descripción de la servidumbre en el apartado I de los «Hechos») del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma» y ello aunque se admita que la constitución de la

servidumbre puede dar a una situación de utilización conjunta de la azotea por la familia del propietario y por los dueños del precio sirviente.

Análogamente, la RDGSJyFP de 23 de julio de 2011, aunque se tratara de un supuesto no idéntico, un embargo no notificado al cónyuge del propietario, establecería que aunque la misma tuviera el carácter de vivienda habitual y familiar que establece el artículo 1320 Cc, el hecho de que el cónyuge titular lo sea solo de una tercera parte indivisa, lo que por su propia esencia impide un uso sobre la vivienda en su totalidad, no puede exigirse para dicho embargo la notificación al cónyuge del titular de una tercera parte indivisa. Es decir, aunque el acto dispositivo (o el embargo, que recibe a estos efectos un tratamiento paralelo) sea sobre la propiedad de la finca que corresponde al cónyuge, y aun siendo la misma su vivienda familiar, dado que dicho acto no afecta por sí mismo a la posibilidad de continuación de su uso familiar no es preciso ese consentimiento del cónyuge.

Aún más clara es la reciente RDGSJyFP de 18 de febrero de 2021, en la que se reconoce la plena validez de un acto de disposición de la nuda propiedad, con reserva del usufructo para el donante, de la vivienda familiar sin el consentimiento del otro cónyuge, y en consecuencia se ordena la inscripción de dicho acto dispositivo. Se realiza un análisis que es literal y plenamente trasladable a este supuesto.

Así, se acoge en la Resolución la alegación del notario de que «el donante conserva un soporte jurídico, de carácter real y vitalicio, claramente suficiente para que la vivienda siga teniendo el carácter de vivienda conyugal; que en modo alguno queda comprometido el uso preexistente de la vivienda, ni se da el peligro de un posible desalojo del hogar familiar».

Porque, sigue diciendo la Resolución, a través de la técnica de tutela del art. 1320 Cc, «se prohíbe el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del inmueble en que los cónyuges han fijado el alojamiento familiar. La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge y, a través de él, a la familia el espacio propio de convivencia frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien». Por ello, dice también la Resolución, «no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge. Se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda habitual»; «La finalidad perseguida por el artículo 1320 del Código Civil es la de proteger el hogar familiar, garantizando la estabilidad jurídica del goce de la vivienda, y, por tanto, los actos dispositivos que se realicen por su titular, para que resulte de aplicación el precepto, deben afectar a dicha estabilidad jurídica y comprometer tal goce. Además, efectivamente, como ha afirmado este Centro Directivo, sólo procede la aplicación del artículo 91 del Reglamento Hipotecario 'si el derecho que se transmite sirve de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual'. Así pues, dada la finalidad perseguida por tal precepto, los derechos cuya disposición somete al régimen establecido por el mismo han de ser de tal contenido que legitimen la utilización de la vivienda por la familia del disponente. Por tanto, la disposición y enajenación de derechos que no impliquen la limitación del uso de la vivienda, han de entenderse fuera del supuesto contemplado por la norma».

Hay además un dato importante a tener en cuenta: el consentimiento del cónyuge no titular tiene en ambos casos, el del art. 96 y el del 1320, un valor jurídico análogo: el de una «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno –es decir, concluido por otro– por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte».

7. Pues bien, en el supuesto de la escritura que ha sido objeto de calificación negativa se repiten, punto por punto, las circunstancias que, en los casos anteriores, fundamentaban la innecesariedad del consentimiento del otro cónyuge. El derecho de uso y disfrute está inscrito en el Registro de la Propiedad, y parece indiscutible que esa inscripción garantiza su eficacia erga omnes, y por tanto que los actos de disposición de

la propiedad no puedan afectar en modo alguno al uso y disfrute del otro cónyuge, en interés del conjunto de los beneficiarios. No era ni siquiera necesario el reconocimiento de esta por la sociedad adquirente, ni por los futuros terceros adquirentes, aunque el mismo se reafirmó en la diligencia, para intentar por esta vía aclarar las dudas de la registradora.

El hecho de que ese derecho sea un derecho de naturaleza especial, personal-familiar, afecta como se ha dicho a su sentido e interpretación institucional y teleológica. Pero no impide que se reconozca que al mismo se le puede atribuir una eficacia erga omnes y con base en dicho razonamiento permitir los actos dispositivos que no limiten o afecten a ese uso y disfrute.

A ello se unen varios argumentos que refuerzan esta interpretación:

A) La norma debe ser objeto de interpretación con arreglo a la realidad social del tiempo en que se le dio su primera redacción, que ha sido mantenida en la redacción actual. En el año 1981 se pensaba de un derecho exclusivamente personal, sin efectos erga omnes, establecido entre los cónyuges, y por ello la forma de asegurarlo era necesariamente la prohibición de los actos dispositivos sobre la vivienda.

Pero cuando, tras los titubeos iniciales, se ha admitido de forma generalizada la inscripción del derecho establecido en el art. 96 Cc, pese a su naturaleza ajena a las categorías de los derechos reales y personales, para darle una sólida eficacia erga omnes, la prohibición ya no puede interpretarse de forma literal y absoluta, sino que igual que se ha hecho con el texto idéntico del art. 1320 Cc. La propia Registradora, en su nota de calificación, afirma que el derecho del cónyuge que «es oponible a los terceros que adquieran la vivienda». En consecuencia, la limitación debe ser entendida en el sentido de que afecta únicamente a los actos dispositivos que afecten al mantenimiento de ese uso y disfrute. No hay razón alguna que pueda justificar un tratamiento diferenciado de los dos supuestos. Como se apuntó al principio, los dos artículos, 96 y 1320, son normas imperativas o prohibitivas que por ello deben ser objeto de una interpretación estricta, ajustada al que constituye su objetivo, y no aplicarse en supuestos donde ese objetivo no se vea comprometido, ni siquiera marginalmente afectado.

B) No debe, por lo demás, olvidarse que esa interpretación de las instituciones ajustada a su sentido y objeto es un requisito para un derecho económicamente eficiente. La imposición de trabas a la circulación de inmuebles que no tenga una verdadera finalidad práctica merma sensiblemente las posibilidades de creación de riqueza. No en vano, la legislación hipotecaria nació en nuestro país para fomentar el desarrollo del crédito territorial y facilitar en la mayor medida posible la creación de riqueza sobre la base de la titularidad y los derechos sobre inmueble, y la protección del tráfico inmobiliario.

C) Debe por último señalarse una característica propia del derecho de uso y disfrute del art. 96, como es su temporalidad. El derecho durará hasta que dure la minoría de edad de los beneficiarios (de forma mucho más terminante con la nueva redacción del artículo 96, introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que entrará en vigor el 3 de septiembre de 2021, cuando establece que tras la mayoría de edad a este derecho imperativamente se sustituirá por las prestaciones que imponga la normativa sobre alimentos). Pues bien, no cabe ninguna duda de que si el derecho tiene un plazo marcado desde su nacimiento, que debería estar perfectamente determinado en la inscripción, e indicarse en la información que el Registro ofrezca sobre la finca, debe ser perfectamente posible un contrato de compraventa, generador de obligaciones recíprocas de pago del precio y transmisión de la cosa, en el que dicha transmisión quede sujeta a plazo, produciéndose automáticamente la transmisión de la propiedad en el momento de cumplirse el citado plazo. Y en tal supuesto, debe ser posible la inscripción del derecho sujeto al plazo suspensivo.

Pues bien, ello indica una vez más que la prohibición de disposición no es tan absoluta. La venta a plazo sin más, incluso aunque el uso y disfrute no estuvieran inscritos en el Registro, es posible y válida, puesto que no perjudica el derecho del

cónyuge y los hijos que queden en su compañía. Y ciertamente, no puede entenderse que el cónyuge propietario esté privado de esa facultad de disposición que produce sus efectos en un ámbito temporal totalmente ajeno al del derecho asignado al cónyuge beneficiario. Con el mismo fundamento, hay que interpretar que el acto dispositivo que no limita o afecta, ni puede limitar o afectar, al derecho de uso, al tener el mismo plenos efectos erga omnes, queda dentro de la esfera de facultades del propietario, pese a la dicción literal del artículo, sea el 96, en este caso, o el 1320 en otros».

V

La Registradora Mercantil I de Madrid emitió el preceptivo informe el día 9 de julio de 2021, ratificándose en la calificación negativa, y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 96, 606, 609, 1322 y 1.377 del Código Civil; 32 de la Ley Hipotecaria; 56 y 58 de la Ley de Sociedades de Capital; la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 1991, 15 de noviembre de 1995, 6 de agosto de 2014, 10, 28 y 29 de julio de 2015 y 9 de agosto de 2019.

1. El debate que debe solventarse en este expediente gira en torno al acceso al Registro Mercantil de una ampliación de capital desembolsada mediante la aportación por parte de un divorciado de una vivienda cuya titularidad le corresponde privativamente, si bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, se encuentra gravada con un derecho de uso atribuido por sentencia firme a los hijos comunes y al cónyuge respecto del que se ha disuelto el vínculo, sin que medie el asentimiento de este último.

En dicha escritura se hace constar que dicha vivienda «se encuentra gravada por un derecho de uso y disfrute a favor de Doña C. F. M. G. e hijos, el cual ha sido tenido en cuenta al fijar el valor de la finca».

Asimismo, mediante diligencia incorporada a la escritura, se deja constancia de la comparecencia del aportante del inmueble del administrador único de la sociedad para protocolizar un certificado referido a un nuevo acuerdo adoptado en junta universal de la compañía para aclarar el sentido de la aportación, cuyo contenido es igualmente consentido y aceptado por el aportante. En síntesis, el esclarecimiento que introduce consiste en explicar que la aportación se realiza sin perjuicio del derecho de uso y disfrute, el cual subsistiría sin limitación alguna, y que en el valor atribuido a la finca se ha tenido en cuenta este extremo.

La nota de calificación impugnada sustenta el rechazo de la inscripción en el párrafo cuarto del artículo 96 del Código Civil, cuyo tenor literal al tiempo de ser emitida era el siguiente: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados [vivienda familiar y bienes de uso ordinario] cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

Los argumentos esgrimidos en el recurso se refieren a la falta de competencia de los registradores mercantiles para calificar los pormenores del negocio transmisivo que la aportación comporta, y al alcance de la previsión contenida en el artículo 96 del Código Civil respecto de las enajenaciones que dejen indemne el derecho de uso concedido al antiguo cónyuge.

2. Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la extensión de la potestad calificadora en un caso semejante al examinado en este expediente; en concreto, respecto de la aportación, en la etapa fundacional de una sociedad unipersonal, de un bien mueble de carácter ganancial con el consentimiento de uno solo de los cónyuges.

La Resolución de 9 de agosto de 2019 se manifiesta en los siguientes términos: «(...) el objeto propio de la inscripción en el Registro Mercantil no son los singulares negocios de asunción de las nuevas participaciones creadas, y las consiguientes titularidades jurídico-reales que se derivan de ellos, sino el hecho de que la aportación cubre la cifra del capital social (cfr., respecto del aumento del capital social, las Resoluciones de 18 de marzo de 1991, 15 de noviembre de 1995, 6 de agosto de 2014, y 10, 28 y 29 de julio de 2015). Y, desde este punto de vista, el contrato de sociedad celebrado en el presente caso es en sí mismo válido entre las partes y eficaz, aun cuando por no tener pleno poder de disposición el cónyuge aportante, el desplazamiento patrimonial es claudicante mientras el acto de aportación pueda ser anulado por el consorte». Aun reconociendo que la aportación realizada de un bien ganancial vulnera la norma contenida en el artículo 1377 del Código Civil, exigente del consentimiento de ambos cónyuges, y que, en consecuencia, el negocio transmisivo, a falta de confirmación expresa o tácita, resulta anulable a instancia del otro cónyuge o de sus herederos (artículos 1310 y 1322 del Código Civil), estima que al «al no ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil la transmisión del dominio del bien aportado, no puede el registrador denegar el acceso a aquél de una escritura como la calificada en este caso».

Dado que, en el caso examinado en la Resolución de referencia, la aportación cuestionada tenía lugar en el acto fundacional y mediante ella se desembolsaba la totalidad del capital social, aborda la posibilidad de que la anulación posterior del negocio transmisivo pudiera dar lugar a la nulidad de la compañía por falta de desembolso íntegro del capital social [artículo 56.1.g) de la Ley de Sociedades de Capital]. Teniendo en cuenta que la anulabilidad no supone la nulidad de pleno derecho, considera que «habiéndose realizado el desembolso del capital social, no puede calificarse como nula la sociedad (cfr. artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital), sin perjuicio de que en los supuestos en que la transmisión del dominio del bien aportado sea ineficaz pueda la sociedad reintegrarse por los cauces legalmente establecidos, toda vez que la declaración de nulidad es un remedio subsidiario». Y añade que «la eventual declaración de nulidad de la aportación puede producir, o bien que la sociedad pueda seguir funcionando, porque no quede afectado el mínimo de capital requerido, o bien que la sociedad entre en un periodo de liquidación, pero no la nulidad sobrevenida, porque lo impide el citado artículo 56 de la Ley (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012)».

Nada hay en Derecho de sociedades de capital que impida a un fundador aportar derechos contingentes, anulables o litigiosos, siempre que tengan tales bienes y derechos contenido patrimonial evaluable económicamente ex artículos 58 y 59 de la Ley de Sociedades de Capital, si bien, según el caso, de perjudicarse la aportación efectuada, entrarán en aplicación las reglas de responsabilidad solidaria de socios y administradores por la sobrevaloración ex artículos 73 y siguientes de dicha Ley.

Por otra parte, en caso de ineficacia de la aportación procederá la «reconstitución de capital», de reflejarse pérdidas sobrevenidas, como en los casos examinados por este Centro Directivo en materia de «rectificación» de la valoración de la aportación (vid. Resoluciones de 16 de febrero de 1998, 4 de abril de 2013, 23 de noviembre de 2015 y 18 de abril de 2017).

Como ocurre en el presente caso, es necesario que no exista duda sobre la naturaleza del derecho aportado (pleno dominio o dominio limitado), de tal forma que, la posible existencia de gravámenes o limitaciones del dominio hayan sido tenidas en cuenta en su valoración.

3. La decisión y los fundamentos expresados en la Resolución de 9 de agosto de 2019 resultan perfectamente trasladables al asunto que constituye el objeto de este recurso. Las coyunturas examinadas en ambas ocasiones presentan las similitudes adecuadas para aplicar la misma solución en orden a la inscripción en el Registro Mercantil de la ampliación de capital cuestionada.

En las dos situaciones se requiere la declaración de voluntad del otro cónyuge para la plena eficacia del negocio transmisivo (artículos 96 y 1377 del Código Civil); en uno y

otro caso se trata de negocios anulables a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se hubiera omitido o de sus herederos (artículo 1322 del Código Civil); e igualmente, en ambas circunstancias, la transmisión, aunque con eficacia claudicante, despliega sus efectos, y la eventual anulación posterior daría lugar a la responsabilidad del aportante en los términos previstos en los artículos 73 a 76 de la Ley de Sociedades de Capital. No constituye obstáculo para el trasplante de soluciones aquí propugnado la circunstancia de que, en la situación examinada, el objeto de la aportación sea un bien inmueble y la adquisición por la sociedad en las condiciones descritas pudiera encontrar obstáculos para ser inscrita en el Registro de la Propiedad, pues el sistema registral inmobiliario español descansa, con carácter general, en los principios de rogación y de inscripción voluntaria (artículos 606 y 609 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria).

De las consideraciones precedentes se desprende que la transmisión del inmueble en las circunstancias descritas cumple con las condiciones exigidas por el artículo 58 de la Ley de Sociedades de Capital para las aportaciones sociales, de manera que no resulta preciso entrar a considerar el otro motivo de impugnación alegado por el recurrente (así como por el notario autorizante de la escritura), el atinente al alcance del mandato del artículo 96 del Código Civil respecto de los negocios que no afecten al derecho de uso atribuido al otro cónyuge.

A mayor abundamiento, del título presentado resulta con toda claridad que los socios y el administrador fueron conscientes de los derechos que se aportan y de la existencia del derecho de uso y disfrute en favor de los beneficiarios indicados, extremos que fueron tomados en consideración por aquéllos para la valoración de la aportación «in natura» y la cobertura de la cifra de capital (y en su caso de la reserva por prima de asunción).

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 29 de septiembre de 2021.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.