

cumplimiento del requisito de la motivación que sea racional y que contenga una referencia de hechos y de fundamentos de derecho.

SANTIAGO LAFARGA MORELL
Registrador de la Propiedad de Rosas

HIPOTECA. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. PROHIBICION ESPECIAL (ART. 40.5 LSRL).—EL ARTICULO 40.5 LSRL, AL PROHIBIR A LA SOCIEDAD CONSTITUIR GARANTIAS PARA FACILITAR LA ADQUISICION DE SUS PROPIAS PARTICIPACIONES IMPIDE DAR VALIDEZ E INSCRIBIR LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR UNA SOCIEDAD EN GARANTIA DEL PRECIO APLAZADO EN LA COMPRAVENTA DE PARTICIPACIONES DE LA PROPIA SOCIEDAD REALIZADA ENTRE SOCIOS. (RESOLUCIÓN DE 1 DE DICIEMBRE DE 2000. BOE DE 24 DE ENERO DE 2001.)

RESOLUCION de 1 de diciembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Abogado don Juan Puig Fontanals, en representación de doña María Victoria Aguilera García, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad, número 21 de Barcelona, don José María Alfn Massot, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Abogado don Juan Puig Fontanals, en representación de doña María Victoria Aguilera García, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad, número 21 de Barcelona, don José María Alfn Massot, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por escritura que autorizó el Notario de Barcelona, don Gabriel Suau Rosselló, el 13 de marzo de 1997, doña María Victoria Aguilera García vendió a doña Inmaculada Cuesta More y doña Luisa Fernández Rue, seiscientos sesenta y seis participaciones sociales de la sociedad «Industrial Cocktelera, Sociedad Limitada» por precio de 22.779.080 pesetas. De dicho precio se entregó en el acto la suma de un millón de pesetas, quedando aplazado el resto para ser pagado en diversos plazos. En la propia escritura, la sociedad «Industrial Cocktelera, Sociedad Limitada», representada por las compradoras en su condición de administradoras mancomunadas de la misma, y previa autorización de su Junta General, constituyó sobre una finca de la que era titular, hipoteca a favor de la vendedora en garantía del precio aplazado y otras responsabilidades accesorias por razón de intereses, costas y gastos.

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, número 21 de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción de la hipoteca constituida por la representación orgánica de la sociedad “Industrial Cocktelera, Sociedad Limitada”, en garantía del precio aplazado de la compraventa de sus propias participaciones sociales por parte de sus administradoras mancomunadas, doña Inmaculada Cuesta More y doña Luisa Fenández Rue, único acto de trascendencia jurídico-real inmobiliaria contenido en la escritura calificada, por oponerse frontalmente a la “prohibición de prestar garantía... para la adquisición de sus propias participacio-

nes...”, que a las sociedades de responsabilidad limitada impone el artículo 40.5 de su Ley especial de fecha 23 de mayo de 1955 —sic—. El defecto se califica de insubsanable. Contra la precedente calificación podrá interponerse recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, sin perjuicio de la facultad que les asiste de acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad del título (art. 66 de la Ley Hipotecaria). Barcelona, 30 de septiembre de 1997. El Registrador. Sigue la firma».

III. Por el Letrado don Juan Puig Fontanals, en nombre y representación de doña María Victoria Aguilera García, se interpuso recurso gubernativo frente a la calificación registral, con base en los siguientes argumentos: Que la calificación se queda a medio camino, pues si bien señala la existencia de una prohibición legal, no concreta las consecuencias de su infracción; que hay que intuir que la supuesta invalidez del negocio derivaría de la sanción prevista en el artículo 6.3.º del Código Civil, pero ha de tenerse en cuenta que en esta norma se exceptiona de la nulidad de los actos contrarios a normas prohibitivas el supuesto de que éstas establezcan otra sanción para el caso de infringirse, y es lo que acontece en este supuesto en que el artículo 42 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece un régimen sancionador específico, invocando como doctrina jurisprudencial al respecto la STS de 30 de enero de 1995; que en una interpretación sistemática de la misma Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada nos encontramos con que de la vulneración de la lista de prohibiciones comprendidas en su sección 4.ª no siempre va acompañada de la sanción de nulidad, y así la prohibición de asunción de participaciones propias del artículo 39 tiene como sanción la obligación de los fundadores o administradores de desembolsar su importe, lo que implica que la adquisición, pese a estar prohibida, es válida; e igualmente, en el caso de adquisición derivativa, la conclusión ha de ser la misma, pues su infracción no implica la nulidad de la adquisición sino la obligación de amortizar las participaciones adquiridas; que cuando el legislador pretende sancionar en esta materia, con nulidad absoluta, lo hace de forma expresa, como ocurre con el supuesto previsto en el artículo 75.4.º de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que ha de concluirse en lo erróneo de la calificación.

IV. El Registrador emitió su informe reglamentario en el siguiente sentido: Partiendo de la base de que las garantías prestadas por una sociedad de responsabilidad limitada para la adquisición por un tercero de sus propias participaciones es uno de los supuestos claramente tipificados por el artículo 40.5 de su Ley reguladora dentro de la prohibición de prestar asistencia financiera con tal fin y que en este caso existe una evidente relación entre la garantía prestada y el negocio de adquisición que se garantiza, lo que ha de plantearse son los efectos de la inobservancia de tal prohibición y en este punto toda la doctrina es coincidente en su nulidad de pleno derecho como consecuencia de su ilicitud por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil; que ningún precepto de nuestro ordenamiento prevé para tal caso una sanción distinta, a diferencia de lo que ocurre con otros como los que cita el recurrente de infracción del régimen de participaciones propias; que a mayor abundamiento debe traerse a colación la distinta solución legal al caso de garantías prestadas por la sociedad a sus socios o administradores en general, en que la prohibición del artículo 10 de la Ley deja abierta la posibilidad de que tales actos sean autorizados por la Junta General, por lo

que nos movemos en el terreno de las limitaciones legales a las facultades de los administradores, en tanto que el artículo 40.5 va más allá cuando tal garantía tenga por objeto un negocio de adquisición de participaciones propias en que ni tan siquiera la autorización de la Junta General salvaría el negocio de la nulidad radical que la ley le impone; y que en el caso objeto de recurso se dan todos los presupuestos legales para aplicar tal sanción: el subjetivo, pues estamos en presencia de una sociedad de responsabilidad limitada que presta la garantía y un tercero adquirente de participaciones de la misma que es el garantizado; y el objetivo, ya que nos encontramos con un negocio de asistencia financiera como es la prestación de garantía, otro negocio de adquisición de participaciones de la sociedad garante y el teleológico de la finalidad de aquella garantía, que no es otro que ofrecer al vendedor la del cobro del precio de las participaciones sociales que vende.

V. Solicitado informe al Notario autorizante de la escritura, lo emitió en el siguiente sentido: Que la interpretación del artículo 40.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ha de hacerse en el contexto global de las prohibiciones impuestas por dicha norma, cuyo apartado 5.º ha de entenderse complementario del 1.º, por lo que su interpretación no puede suponer ni una ampliación de los límites de este último ni hacerse con exclusión de las excepciones en él previstas; que la prohibición de asistencia financiera tiene dos objetivos: Por un lado, asegurar que el capital social se financie con aportaciones externas y no con el propio patrimonio social, y por otro, eliminar la posibilidad de que los administradores utilicen los recursos de la compañía para financiar a socios o terceros determinados con objeto de ganarse su favor; que en consecuencia ha de afirmarse que no cabe admitir la asistencia financiera cuando su objeto responda a la finalidad dicha de que los administradores traten de beneficiar a algún socio o tercero, pero la duda es si con aprobación de la Junta no puede disponerse de los recursos sociales libres para la asistencia financiera cuando concurran las mismas circunstancias que excepcionalmente permiten la adquisición de participaciones propias y entre estos casos es singularmente destacable el previsto en el artículo 40.1.c) de la Ley cuyo objeto es evitar la entrada de extraños en la sociedad, dado su carácter cerrado, supuesto en el que debe entenderse admisible la actividad complementaria de prestación de asistencia financiera, y ello por las siguientes razones: La coherencia legislativa, pues la excepción del artículo 40.1.c) subyace implícita en el apartado 5.º de la norma; la interpretación positiva del Derecho Privado que debe permitir todo aquello que no sea imprescindible prohibir; el interés de la propia sociedad y de la economía, pues frente a la amortización forzosa impuesta por el citado artículo 40.1.c) es preferible la constitución de una garantía que si no llega a ejecutarse evitará los costes de una reducción y, en su caso, aumento de capital; en conclusión, que si la prohibición de prestar garantías para la adquisición de las propias acciones o participaciones sociales tiene excepciones, ha de admitirse en un caso como el presente en cuanto supone un acto accesorio de la actividad principal, no impide una efectiva disposición de recursos, sino una sujeción de los mismos a las consecuencias potenciales de su ejecución, que esa posibilidad permite la aplicación del artículo 10 de la misma Ley, cual en este caso ha ocurrido.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resolvió desestimar el recurso, confirmando en consecuencia la nota recurrida, con base en los siguientes fundamentos: Que la sanción prevista en el artículo 42 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no elimina la compati-

bilidad entre la sanción civil y la administrativa; que el argumento de tipo sistemático a que acude el Notario desconoce la distinta finalidad que persiguen los preceptos que trata de identificar en su intención; en cuanto al finalista olvida los propios del precepto vulnerado que según la doctrina es evitar que la sociedad se valga de terceros para adquirir indirectamente acciones o participaciones propias o de una sociedad del grupo; y en cuanto a la existencia de autorización de la Junta General, peca de artificiosidad al encuadrar los actos en los extra-objeto, con todos los riesgos que ello comporta.

VII. El recurrente apeló el auto desestimatorio de su recurso reiterando en esencia sus argumentos iniciales.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 39.2, 40.1.c), 2 y 5, 41 y 42 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 76.2 y 89 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 6.3 del Código Civil.

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 incurso 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 aquella 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 todo siempre sería facultativa.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso confirmando el auto apelado.

Madrid, 1 de diciembre de 2000.—La Directora General, Ana López-Montés Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

COMENTARIO

El motivo que ocasiona la presente resolución es la pretensión de inscripción de una hipoteca en garantía de la adquisición de participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, con la peculiaridad de que es la propia sociedad quien compra y garantiza con una finca de su propiedad dicha operación.

El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción solicitada al considerar nula de pleno derecho esa hipoteca, ya que el artículo 40.5 LSRL prohíbe expresamente a las sociedades de responsabilidad limitada anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía y facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones.

Conviene detenernos a analizar dicho precepto con el fin de ver cuál es su fundamento y finalidad, y poder determinar, entonces, cuál es el alcance que dicha norma pretende tener, y qué eficacia se le debe atribuir a dicha prohibición. Según cuál sea la eficacia que produzca la vulneración de la prohibición señalada y la sanción que le corresponda, podremos analizar si la hipoteca puede inscribirse o no.

La prohibición de prestar garantía para adquirir las propias acciones se encuadra dentro de la prohibición de asistencia financiera de las sociedades de responsabilidad limitada, y a su vez, y sistemáticamente (aunque probablemente no sea lo más adecuado), dentro del artículo 40 LSRL, que recoge la prohibición general de adquisición derivativa de propias participaciones por la sociedad limitada.

Esta prohibición del artículo 40.5 LSRL tiene como fundamento, y así lo ha entendido de manera prácticamente unánime la doctrina (1), la necesidad de conservar el capital social (principio de defensa del capital), evitando que éste se financie con cargo al patrimonio de la propia sociedad, e igualmente, las confabulaciones o abusos que pudieran llevar a cabo los administradores, aprobando determinadas operaciones respaldadas por la sociedad, pero que pudieran resultar perjudiciales para la misma.

Asimismo, la Exposición de Motivos de la LSRL establece que el fundamento de las prohibiciones del artículo 40 no es otro que el carácter cerrado de las compañías de esta clase, que conduce a la imposibilidad de aumentar su capital social mediante la apelación del ahorro colectivo o a todo tipo de negociaciones sobre sus participaciones.

La idea que subyace en este precepto es salvaguardar el capital social de la sociedad, y se pretende con el mismo la prohibición de cualquier tipo de operación de asistencia financiera a las sociedades limitadas, incluso las de carácter gratuito. Por eso, la regulación de las sociedades limitadas difiere en este punto de la de las sociedades anónimas, ya que éstas, debido a sus propios mecanismos de defensa del capital, prevén otras garantías financieras que aseguran su capital social, dentro de una regulación mucho más compleja y completa que la de las limitadas.

Y así, por ejemplo, el artículo 81.3 LSA permite la asistencia financiera para la adquisición de acciones propias a las anónimas, cuándo ésta consista en «operaciones efectuadas por bancos u otras entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad», siempre que se establezca en el pasivo del balance «una reserva equivalente al importe de los créditos anotados en el activo», garantizando de este modo el capital social.

(1) Véase: PANTALEÓN F., y PORTELLANO, P., en AA.VV., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 479; ESTURILLO LÓPEZ, A., *Estudio de la sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 226; MEJÍAS GÓMEZ, J., «El régimen de participaciones propias. La modificación de la disciplina sobre acciones propias», en AA.VV. (COORD. NIETO CARO, U.): *La sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 506; PAZ-ARES, «Negocios sobre las propias acciones», en AA.VV. (COORD. ALONSO UREBA/CHICO/LUCAS): *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Colegio Notarial y de Registradores, Madrid, 1987, págs. 599 y 600; VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de la autocartera*, Madrid, 1995, págs. 481-483.

Luego, en este tema no puede aplicarse extensivamente la regulación de anónimas a las limitadas, pues ya se ha dicho que la necesidad de proteger el capital social en las limitadas es mucho mayor (por no prever otras garantías financieras la ley), que en las anónimas, donde queda salvaguardado el principio de defensa del capital con las propias medidas establecidas en la LSA.

Por otra parte, tampoco cabe aplicar aquí la salvedad establecida en el artículo 10 LSRL, es decir, no cabe tratar de admitir la posibilidad de garantizar la adquisición de participaciones, si así lo hubiera aprobado la Junta General como excepción a la prohibición general establecida en dicho artículo. En efecto, este artículo 10 admite la excepción, previa aprobación de la junta, de operaciones de asistencia financiera de la sociedad (concesión de créditos o préstamos, o de garantías), pero si la finalidad de dichas operaciones es la adquisición de propias participaciones, debe aplicarse el artículo 40.5 LSRL, que lo prohíbe expresamente. Luego, sí que puede caber que la sociedad lleve a cabo operaciones de este tipo (previa aprobación de la Junta), pero nunca podrá hacerlo si con ellas se pretende la adquisición de participaciones. Los artículos 10 y 40.5 contemplan situaciones distintas a las que se ofrecen soluciones diferentes y, por tanto, no puede traspasarse la letra del artículo 10 a este supuesto. Así lo dicen FERNANDO PANTALEÓN y PEDRO PORTELLANO (2), al considerar como esencial del artículo 40.5, lo que denominan su «elemento subjetivo», que no es otro que dicha finalidad de adquisición de participaciones propias. Precisamente, esta finalidad distingue el supuesto de hecho al que corresponde aplicarse este precepto, de otros distintos, a los que correspondería, por ejemplo, el artículo 10 (3). El elemento subjetivo o finalidad, como dice el autor citado, «debe aparecer expresamente mencionada en el negocio o deducirse de indicios objetivos anteriores, contemporáneos o posteriores a la operación de asistencia financiera». En el caso que se examina está clara la finalidad de la concesión de la garantía, ya que se establece dicha garantía en la misma escritura de compraventa de participaciones y con el fin claro de garantizar la misma, ya que es el precio aplazado de la compraventa de sus propias participaciones lo que la sociedad asegura con la hipoteca sobre su finca. Por lo tanto, no es relevante el hecho de que la Junta hubiera aprobado dicha operación, ya que no estamos ante un caso previsto en el artículo 10, sino como se demuestra por su finalidad, en un caso claro de la prohibición prevista en el artículo 40.5 LSRL.

Teniendo en cuenta la razón de ser de esta prohibición, se entiende que la misma debe ser firme y sin excepciones. Cosa distinta es qué efectos puede tener la contravención de esta prohibición legal. Es decir, hay que plantearse si la constitución de la garantía hipotecaria, para asegurar la compra de propias participaciones, debe ser nula de pleno derecho conforme al artículo 6.3 del Código Civil por infringir una prohibición legal, o, por el contrario, si debe aplicársele el régimen sancionador del artículo 42 LSRL, que establece una sanción administrativa (multa) en caso de transgredir dicha prohibición.

La mayoría de la doctrina (4) coincide en considerar que el incumplimiento de esta prohibición lleva consigo la nulidad, conforme a lo preceptuado en

(2) PANTALEÓN F., y PORTELLANO, P., en AA.VV., «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles», tomo XIV, *ob. cit.*, págs. 483-484.

(3) En este sentido, véase también la opinión de ESTURILLO LÓPEZ, A., «Estudio de la sociedad de responsabilidad limitada», *ob. cit.*, pág. 227.

el artículo 6.3 del Código Civil: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Sin embargo, no faltan voces entre los autores (5), que amparándose en la salvedad del propio artículo 6.3, al igual que hace el recurrente en este caso, pretenden sostener que, como en el artículo 42 LSRL, se establecen consecuencias distintas a la infracción de las prohibiciones contenidas en esa sección —entre las que se encuentra la del art. 40.5—, no debe aplicarse aquí la consecuencia de la nulidad, sino la determinada en ese artículo 42, es decir, simplemente una sanción administrativa, consistente en una multa.

Creo, al igual que la mayor parte de la doctrina, que la consecuencia de infringir la prohibición estudiada debe ser la nulidad absoluta, y por tanto aplicarse el artículo 6.3 con toda su eficacia. La prohibición del artículo 40.5 es una prohibición legal e imperativa expresa, con un fundamento esencial, que es la protección del capital social de las limitadas (más vulnerable que el de las anónimas). El legislador lo ha establecido expresamente, separándose del régimen de las anónimas, para resaltar, de este modo, su importancia. Luego, creo que los efectos de su contravención deben ser los máximos, y por otra parte generales; pues si el legislador hubiese querido darle otros efectos, lo habría dicho expresamente, como hace en otros casos. La sanción impuesta en el artículo 42 LSRL debe sumarse a la nulidad de pleno derecho de dichas operaciones (consecuencia de la infracción derivada del Derecho Privado), para castigar a los administradores que autorizaron las mismas. Por lo tanto, no creo que sea una disyuntiva lo que se plantea: o nulidad (6.3 del Código Civil), o sanción administrativa (42 LSRL), sino más bien una suma: debe ser nulo y además establecerse la multa referida. En este mismo sentido se manifiestan FERNANDO PANTALEÓN y PEDRO PORTELLANO (6), ya que mantienen que «la función perseguida por el artículo 42 LSRL, de la misma manera que la buscada por el artículo 89 LSA, es complementaria y reforzar —nunca sustituir— los mecanismos de protección del Derecho Privado, que desde el punto de vista práctico apenas tienen eficacia preventiva y que desde la perspectiva normativa carecen de ella». Y continúan estos autores manteniendo que los bienes jurídicos tutelados son la integridad del capital y el orden de competencias entre órganos, y que lo que se pretende castigar no es tanto una lesión

(4) PANTALEÓN F., y PORTELLANO, P., en AA.VV., «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles», tomo XIV, *ob. cit.*, págs. 484-485; FLORES, «Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias», en AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas*, II-2, Madrid, 1994, pág. 1417; VELASCO SAN PEDRO, «Comentario a los artículos 39-42 LSRL», en AA.VV. (dirs.: ARROYO/EMBED), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1997, pág. 506; PAZ-ARES, «Negocios sobre las propias acciones», *ob. cit.*, pág. 603; VÁZQUEZ, «Régimen jurídico de la autocartera», *ob. cit.*, págs. 496-497.

(5) Véase: MEJÍAS GONZÁLEZ, «El régimen de participaciones propias. La modificación de la disciplina sobre acciones propias», *ob. cit.*, págs. 518 y 519; SOTO VÁZQUEZ y SOTO FERNÁNDEZ, *Tratado práctico de la sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Comares, Granada, 1996, pág. 248; ESTURILLO LÓPEZ, A., «Estudio de la sociedad de responsabilidad limitada», *ob. cit.*, págs. 229 y 230; AA.VV. (coord. CABANAS TREJO y CALAVIA MOLINERO), *Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Ed. Praxis, Barcelona, 1995, pág. 184.

(6) PANTALEÓN F., y PORTELLANO, P., en AA.VV., «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles», tomo XIV, *ob. cit.*, pág. 495.

efectiva y concreta de los mismos, sino el incumplimiento de un mandato legal.

El específico régimen de autocartera de las limitadas exige que las consecuencias de la infracción de la prohibición del artículo 40.5 no se limiten, pues, a una sanción administrativa, sino que las consecuencias de dicha contravención se rijan por las consecuencias que el Derecho Privado concede al incumplimiento de un mandato legal, que no es otro que la nulidad absoluta.

Si la constitución de hipoteca en garantía de adquisición de participaciones es nula, nunca podrá inscribirse, ya que el Registrador rechazará la misma en su calificación. Pero es que aunque la constitución de la garantía no estuviera expresamente prohibida por el 40.5 LSRL, o se le otorgaran a su contravención menores efectos que la nulidad (art. 42 LSRL), al estarlo, sin duda alguna, la adquisición de participaciones (arts. 39 y 40 LSRL), y ser nula tal operación (obligación principal garantizada), por el principio de accesoriedad de la hipoteca, ésta sería también nula. Luego, tampoco podría ésta inscribirse, ya que la nulidad de la obligación principal asegurada lleva consigo la de la garantía accesoría, que sigue en sus vicisitudes a la obligación que garantiza.

Coincido con la opinión sostenida por la DGRN, y considero que no procede la inscripción de la hipoteca solicitada por tratarse de un acto nulo de pleno derecho al contradecir un imperativo legal, y así debe especificarse.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. INTERESES: LIMITE DE RESPONSABILIDAD.—NO HAY INCONVENIENTE EN EXTENDER LA GARANTIA HIPOTECARIA A LOS INTERESES ORDINARIOS DE LOS CINCO ULTIMOS AÑOS Y A LOS DE DEMORA, TAMBIEN DE LOS ULTIMOS CINCO AÑOS, SI ASI PROCEDIERA, POR SER DISTINTAS Y DE VENCIMIENTO DIFERENTE LAS CANTIDADES QUE DEVENGAN UNOS Y OTROS. (RESOLUCIONES DE 20 Y 22 DE NOVIEMBRE DE 2000. BOE DE 9 DE ENERO DE 2001.)

RESOLUCION de 20 de noviembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Letrado don Francisco Angel Rodríguez-Gigirey Pérez, en nombre y representación de «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Vivero, don Juan Bris Montes, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación de dicho Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Letrado don Francisco Angel Rodríguez-Gigirey Pérez, en nombre y representación de «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Vivero, don Juan Bris Montes, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación de dicho Registrador.

Hechos.—I. Por escritura que autorizó el Notario de Vivero don Luis Muíño Fidalgo, el 26 de noviembre de 1997, el «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», concedió a los cónyuges E. F. R. y E. C. V., un préstamo de 4.000.000 de pesetas, con un plazo de amortización de doce años, al interés inicial del 6,5 por 100 anual, variable a partir del primer año, por periodos anuales, en función de añadir un punto diferencial al tipo de referencia constituido por el interbancario a un año —Mibor a un año—, u otro