

28371

RESOLUCION de 7 de septiembre de 1982, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Julián de Echevarrieta Miguel, en representación de la Sociedad en comandita alemana «Eckhardt & Co. K. G.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santander a practicar una nota marginal acreditativa de ejercicio de un derecho de opción en virtud de apelación del recurrente.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Julián de Echevarrieta Miguel, en representación de la Sociedad en comandita alemana «Eckhardt & Co. K. G.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santander a practicar una nota marginal acreditativa del ejercicio de un derecho de opción, en virtud de apelación del recurrente:

Resultando que con fecha 29 de noviembre de 1977, la Sociedad anónima «Recuperaciones Submarinas, S. A.», concedió en escritura pública un derecho de opción de compra a favor de la Sociedad de responsabilidad limitada, domiciliada en Hamburgo, República Federal Alemana, denominada «Eckhardt & Co. G. m. b. H.», derecho de opción de compra que podría ser ejercitado desde la fecha de la escritura hasta el día 31 de octubre de 1981 en las condiciones señaladas en dicho contrato, documento que fue inscrito en el Registro de la Propiedad; que el día 18 de septiembre de 1981 y ante el Notario de Santander don Antonio Ruiz-Clavijo Laencina, compareció don Guillermo Frühbeck Frühbeck, en nombre y representación de la Sociedad en comandita denominada «Eckhardt & Co. K. G.», como sucesora legal de «Eckhardt & Co. G. m. b. H.», manifestando que habiendo tenido lugar las circunstancias que según el contrato de opción permiten su ejercicio, mi representada ejercite la opción de compra en las condiciones señaladas, por lo que requiere al Notario para que se persone en el domicilio de «Recuperaciones Submarinas, S. A.» y requiera a su vez a esta Sociedad, para que en el plazo de ocho días a partir del requerimiento comparezcan en dicha Notaría a otorgar la escritura de compraventa a favor de «Eckhardt & Co. K. G.»; que el día 23 de octubre de 1981 se presenta en el Registro de la Propiedad una instancia, acompañada de la anterior acta del día 18 de septiembre, acreditativa del ejercicio del derecho de opción, en la que se solicita que se extienda nota marginal del ejercicio del derecho de opción conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y 177 del Reglamento;

Resultando que presentada en el Registro de la Propiedad de Santander copia del acta notarial y la solicitud antes reseñada, fueron calificadas con nota del siguiente tenor literal: «Presentado el documento que antecede a las trece horas del día 23 de octubre de 1981, asiento número 770, folio 114, del tomo 123 del diario de este Registro al que se incorporan fotocopias autenticadas por el propio Notario del acta levantada en la reunión de 27 de marzo y de las tres letras de cambio a que se refiere el documento, junto con una instancia suscrita el 23 de octubre de 1981 por don Guillermo Frühbeck Frühbeck, en representación de la Sociedad «Eckhardt & Co. K. G.», solicitando se extienda al margen de las inscripciones del derecho de opción de compra, nota del ejercicio de este derecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 177 de su Reglamento, y retirados los documentos por el presentante en el momento inmediato a su presentación, para hacerlo en la oficina liquidadora competente para el pago o exención, en su caso, del Impuesto, fueron devueltos a esta oficina el cuatro de los corrientes por don Adrián Leal Fernández y advertido del simple examen de la documentación que habían sido desglosados, los incorporados al acta ya reseñados y la instancia en la que solicitaba los asientos a practicar, fue requerido el nuevo presentante, para que aportase los documentos relacionados así como la escritura pública de compraventa que debió otorgar la Sociedad propietaria dentro del plazo consignado en el requerimiento. En el día de hoy se hace la presentación de los documentos incorporados al acta de requerimiento, junto con una instancia suscrita por don Guillermo Frühbeck Olmedo, en representación de la Sociedad optante, según poder otorgado ante el Notario de Hamburgo, República Federal Alemana, don Juris Peter Suevekin, fecha 5 de agosto de 1981, en la que manifiesta, que la escritura de compraventa, para cuyo otorgamiento en el plazo de ocho días a contar desde el 21 de septiembre de 1981, fecha del requerimiento, no ha sido otorgada por la Sociedad obligada a ello. Vistos los anteriores documentos y examinado el contenido del Registro y el libro diario de presentación, en lo relativo a las fincas afectadas, se emite el siguiente juicio de calificación:

Primero.—Denegada la práctica de la nota marginal solicitada al amparo de los artículos 23 de la Ley y 177 de su Reglamento, porque la normativa legal que contiene dichos preceptos sobre las condiciones, no son de aplicación al derecho de opción de compra.

Segundo.—Porque aún en la hipótesis de que el solicitante así lo entendiese y fuese admitido, lo que negamos, el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, claramente establece que la nota marginal sólo procede y se extenderá cuando se consuma el derecho, y en el caso calificado, tanto del requerimiento que sirve de base a la petición, donde se requiere para que se otorgue

una escritura pública de compraventa, y del contenido de los documentos incorporados, así como de los asientos del Registro, según los cuales en actos posteriores al requerimiento, la Sociedad concedente del derecho de opción sigue declarándose dueña de las fincas y el indicativo de la última instancia presentada donde el representante de la Sociedad optante declara que no ha sido otorgada la escritura de venta para lo que había sido requerida la propietaria, revelan todos ellos que el derecho no ha sido consumado dentro del plazo fijado para el ejercicio del derecho de opción que finalizaba el 31 de octubre de 1981.

Tercero.—Porque siendo inaplicables los preceptos invocados, no existe dentro de la Ley Hipotecaria precepto alguno que ampare la pretensión ya que se trata del ejercicio o demanda extrajudicial del cumplimiento de una obligación, en este caso el otorgamiento de una escritura de venta de unas fincas, de la que el optante se considera dueño, y por tanto lo pertinente hubiese sido la presentación de la primera copia de esa escritura o el mandamiento judicial ordenando la anotación preventiva de la demanda de tal naturaleza, todo ello dentro de plazo.

Los defectos señalados se consideran insubsanables. Se extiende esta nota con la conformidad del titular del Registro, a tenor de lo dispuesto en el artículo 485 del Reglamento Hipotecario, Santander a 18 de diciembre de 1981.—El Registrador.»

Resultando que por don Julián de Echevarrieta Miguel, en nombre y representación de la Sociedad en comandita alemana «Eckhardt & Co. K. G.», sucesora legal de «Eckhardt & Co. G. m. b. H.», se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó que si bien el derecho de opción está regulado en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, ni la Ley, ni el Reglamento señalan la forma en que debe o puede acreditarse ante el Registro de la Propiedad el ejercicio de la citada opción de compra; que según se desprende de la nota calificatoria, el criterio del Registrador es que el derecho de opción caduca terminada su vigencia, no sin que se haya ejercido la opción, sino sin que se haya formalizado la compraventa en sí; que en el presente supuesto en que en la escritura de opción de compra se designaron las personas que habían de otorgar la escritura de venta en el caso de ejercitarse la opción, al denegar el Registrador la nota marginal provoca una indefensión en el optante; que siguiendo esta tesis, si se ejercita el derecho de opción el último día del plazo fijado, podría considerarse caducado el derecho y cancelarse el asiento a instancia del propietario afectado con la posibilidad de que se transmita a un tercero que podría resultar protegido, dejando con ello desvirtuado el derecho de opción a pesar de haber sido ejercitado; que para evitar esta situación de indefensión puede aplicarse análogamente el artículo 177 del Reglamento Hipotecario con la posibilidad de prorrogar el plazo si se acredita el requerimiento al dueño de la finca afectada, y durante esta subsistencia del término del derecho de opción, el optante tendría tiempo para proceder al requerimiento y para su constancia en el Registro por otro plazo, e incluso para plantear la demanda correspondiente y obtener su anotación preventiva; que, en resumen, para evitar la indefensión a que se ha hecho referencia, procede aplicar análogamente el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, dada además la similitud con la compraventa sujeta a una condición suspensiva; que en atención a los argumentos expuestos, carecen de validez las referencias a que la Sociedad concedente sigue declarándose dueña de las fincas y que no se haya otorgado la escritura de compraventa; que, por último, solicita se impongan las costas del presente recurso al señor Registrador, de conformidad con el artículo 130 del Reglamento;

Resultando que el Registrador de la Propiedad de Santander informó: que si bien en el escrito presentado en el Registro se hacía la petición de que se practicase la nota marginal prevista en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, en el escrito interponiendo el recurso se varía el fundamento legal y se solicita la aplicación análoga de estos preceptos; que el Registrador se limitó, en estricta aplicación del principio de rogación, a calificar la petición contenida en la instancia, y no pudo entrar en la calificación de la nueva petición que se contiene en el escrito de recurso; que esta nueva petición implica de una parte el reconocimiento de que la calificación es correcta, y de otra el planteamiento de una nueva cuestión, cual es la de si el Registrador tiene facultad de aplicar preceptos de la Ley Hipotecaria a supuestos no contemplados en ella; que este defecto en el planteamiento del recurso lo hace improcedente y que deba entrarse en el fondo del asunto, si bien por razones de economía procesal se entrará a continuación en el estudio de la cuestión de fondo y que consiste en la no aplicación directa ni análoga del artículo 23 de la Ley Hipotecaria; que este precepto dispone la práctica de la nota marginal para el supuesto de que tenga lugar la consumación del derecho, consumación que para el optante no ha tenido lugar, ya que sólo ha puesto de manifiesto con la notificación su propósito de consumarlo, requiriendo para ello a la Sociedad dueña de las fincas para que le otorgue la escritura de venta; que el derecho de opción es un derecho de adquisición preferente cuya consumación no puede ser otra que la de la adquisición del objeto de ella con sus dos supuestos necesarios, el título y el modo, y que en el caso concreto del recurso consiste en la escritura pública; que no ha tenido lugar, pues, la consumación del derecho como lo demuestran además los siguientes hechos: 1.º Los términos en que fué pactada la opción y los del requerimiento; 2.º la negativa de

la Sociedad propietaria a otorgar dicha escritura; 3.º la anotación en el Registro de la solicitud de suspensión de pagos de la Sociedad propietaria, en la cual declara de su propiedad las fincas objeto de la opción, y la Sociedad alemana titular del mismo es nombrada interventor; 4.º la demanda formulada por la Sociedad optante contra la concedente en solicitud de que otorgue la escritura; que debe rechazarse también la posibilidad de practicar una nota marginal atípica, ya que sus efectos y duración están indeterminados o indefinidos, con prórroga de un asiento que en el momento de practicarse estaría caducado, y con incidencia además para aquellos terceros que tengan anotados sus derechos; que frente a los argumentos señalados por el recurrente de que tal negativa produce una indefensión en el optante, ha de tenerse en cuenta que también deberá protegerse a aquellos acreedores que tienen asegurado su derecho con anotación preventiva a quienes la práctica de esa nota marginal, de efectos y duración no definidos podría perjudicar; que, en definitiva, habiendo comunicado al optante su voluntad al efecto, estamos en presencia de una compraventa en trámite de formación cuyo reflejo registral ha de ser una inscripción de compraventa en virtud de la escritura correspondiente, la cual podría incluso ser otorgada por el Juez, pero sin que baste la sentencia que lo acuerde;

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial dictó auto por el que se confirmaba la nota calificatoria alegando análogos fundamentos a los expuestos por el Registrador de la Propiedad;

Vistos los artículos 1.255, 1.261 y 1.462 del Código Civil, 23 de la Ley Hipotecaria y 177 del Reglamento para su ejecución, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio y 30 de octubre de 1946, 1 de julio de 1950, 7 de febrero de 1966, 7 de noviembre de 1967 y 28 de junio de 1974 y la Resolución de este Centro de 7 de diciembre de 1978;

Considerando que a diferencia del supuesto de hecho que motivó la Resolución de 7 de diciembre de 1978 en donde se constituía un derecho real de opción, en el presente expediente las partes convinieron un contrato de opción de compra, que obligaría, caso de ser ejercitado por el optante, a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa entre ambas partes contratantes;

Considerando que el único tema que en realidad se debate en este recurso es el de la posibilidad de la constancia registral de la declaración de voluntad por la que el titular de una opción de compra ya inscrita la ejercita positivamente a través del requerimiento notarial hecho a la Sociedad concesionaria de la opción para que ésta cumpla la obligación de otorgar la correspondiente escritura de compraventa de los inmuebles a favor del optante;

Considerando que la pretensión de que el ejercicio de la opción se haga constar por nota al margen de las inscripciones del derecho de opción de compra por aplicación análoga de lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 177 de su Reglamento, ha motivado la denegación por parte del Registrador del asiento solicitado al entender que la normativa legal de aquellos preceptos sobre condiciones no son de aplicación para el caso de que se ejercite un derecho de opción.

Considerando, en efecto, y conforme a la calificación realizada, no cabe la práctica de la nota marginal solicitada, ya que no está prevista en la Ley ni en el Reglamento, por lo que sin determinarse su naturaleza y efectos, se crearía una publicidad equívoca, incompatible con la claridad que debe presidir siempre la redacción de todo asiento registral.

Considerando que tal como aparece regulada en el artículo 14 del Reglamento la inscribibilidad del derecho de opción, es indudable que no aparece prevista la posibilidad de acceso directo del ejercicio positivo de la opción por el optante, derivada de esta clase de contrato y que no ha originado todavía una modificación jurídico-real en tanto no se dé cumplimiento a la obligación por ambas partes, por lo que sería deseable una regulación legal más completa sobre la materia.

Considerando que a la diligencia del optante atañe procurar que ejercida la opción, pueda otorgarse la escritura pública de compraventa antes de que vencido el plazo de opción convenido deje de publicar el Registro su existencia por caducidad, o al menos, que, en su defecto, ha quedado anotada preventivamente la demanda en que se pretende el otorgamiento de la escritura correspondiente.

Considerando que supuesto radicalmente distinto como ya se indicó en el primer considerando sería aquél en que pactada la opción como derecho real por voluntad expresada y suficientemente documentada de las partes, al amparo del sistema de «numerus apertus» contenido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, se hubiese previsto que la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública fuera suficientemente para que quedase perfeccionada la compraventa y consumada la tradición.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que con devolución del expediente original comunico a vuestra excelencia para su conocimiento y efectos.

Madrid, 7 de septiembre de 1982.—El Director general, Fernando Marco Baró.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Burgos.

28372

RESOLUCION de 10 de septiembre de 1982, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Eustaquio Monleón Parejo contra la negativa del Registro Mercantil de Badajoz a inscribir unas cláusulas contenidas en los Estatutos de una escritura de constitución de Sociedad Anónima.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Eustaquio Monleón Parejo contra la negativa del Registrador Mercantil de Badajoz a inscribir unas cláusulas contenidas en los Estatutos de una escritura de constitución de Sociedad Anónima;

Resultando que con fecha 29 de julio de 1981 y en virtud de escritura autorizada por el Notario de Granada don Miguel Olmedo Medina, se constituyó la Sociedad «Flome. S. A.»; que a los efectos de este recurso interesa hacer constar el contenido de los artículos 10, 13 y 14 de los Estatutos por los que se rige, cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 10.—En caso de usufructo de acciones, tanto por negocio jurídico inter vivos, como mortis causa, el usufructuario de las mismas será quien ostente y ejercite en su caso el derecho de suscripción preferente, así como los de voto, asistencia a las Juntas Generales, información e impugnación de acuerdos sociales; ...

Artículo 13.—Formarán la Junta General todos los poseedores de acciones de la Compañía y en su caso los usufructuarios de las mismas, y cada uno tendrá igual número de votos que el de acciones posea;

Artículo 14.—Tendrán derecho a asistir a las Juntas Generales todos los accionistas o usufructuarios de acciones en su caso ...»

Resultando que tras la autorización de una nueva escritura de fecha 9 de enero de 1982 ante el mismo Notario, y en la que se rectificaban algunos de los preceptos de la primitivamente otorgada, fue presentada en el Registro Mercantil de Badajoz, causando la siguiente nota: «Inscrito, salvo lo que se dirá, el precedente documento, junto con la escritura de rectificación número 56 protocolo del mismo Notario señor Olmedo Medina, fecha 9 de enero de 1982; al folio 130, del tomo 93, General 55, de la Sección 3.ª, del libro de Sociedades, hoja 1.594, inscripción primera. Denegada la inscripción del mismo documento: a) En cuanto al nombramiento del primer Consejo de Administración, integrado únicamente por los cargos de Presidente y Secretario, y al nombramiento de Administrador único, que se hace en la disposición quinta de la escritura, porque ambos órganos de administración son incompatibles entre sí, y su existencia es contraria al artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas; y porque el Consejo, constituido sólo con dos miembros, no tiene la composición mínima que para tal órgano de administración establece el artículo 22 de sus propios Estatutos. b) Y en cuanto a los derechos de voto y asistencia a Juntas Generales que en favor del usufructuario de acciones se establece en el artículo 10 de los Estatutos, y se reitera, para en su caso, en los artículos 13 y 14, porque tales derechos son inseparables de la cualidad de socio que, según el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, corresponde, con carácter imperativo, al nudo propietario.

Esta nota ha sido extendida, con la conformidad de mi titular. Defectos ambos de carácter insubsanable y que impedirían ser anotados de suspensión, aunque hubiere sido solicitada. Badajoz, a 3 de febrero de 1982.—El Registrador Mercantil.»

Resultando que don Eustaquio Monleón Parejo, socio fundador de la mencionada Sociedad, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente el correspondiente recurso de apelación ante el Centro sólo en cuanto al defecto b) de la nota; y para ello alegó: que el artículo 39 de la LSA contempla la acción como un todo, mientras que el artículo 41 la contempla desdoblada, y establece que salvo disposición contraria de los Estatutos, los derechos de socio corresponden al nudo propietario; derechos que son no sólo los del artículo 39 sino todos aquellos reconocidos por la Ley o por los Estatutos al accionista y que no sean inseparables de la propiedad de la acción; que esta interpretación literal es la que se acomoda al contenido del artículo 467 del Código Civil; que el artículo 39-2.º de la Ley confirma lo indicado y lo mismo el 41-2.º;

Resultando que el Registrador Mercantil de Badajoz mantuvo su acuerdo y tras señalar que aun admitido, es dudoso que pueda ser interpuesto el recurso dada la falta de poder del presentante, así como igualmente justificar pese al silencio del recurrente sobre el defecto a) los motivos por los cuales estimó no inscribible las cláusulas que dan origen al mismo, y por último en defensa del defecto b) alega: que el artículo 41 de la Ley es tajante al reconocer en caso de usufructo de acciones la cualidad de socio al nudo-propietario, y asimismo el artículo 39 enumera los derechos que corresponden al socio, entre los cuales está el derecho de voto, al que habrá que añadir el de asistencia a las Juntas Generales y el de información por ser complementarios de aquél; que estos derechos son irrenunciables y no pueden ser eliminados ni con el consentimiento del propio titular; que así lo pone de manifiesto unánimemente la doctrina y la jurisprudencia; que los otorgantes de esta escritura no han tenido en cuenta esta irrenunciabilidad, y al conferir el derecho de voto y otros al usufructuario han dejado desnudo de derechos al nudo-propietario; que la tesis del