

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

1895 *Resolución de 22 de enero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Bilbao n.º 10, por su negativa a inscribir un acta notarial relativa al ejercicio de una opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don D. A. S. en representación de PV Nueva Promotora 2005, S.L., contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Bilbao número 10, don Ángel Luis Rodrigo Hidalgo, por su negativa a inscribir un acta notarial relativa al ejercicio de una opción de compra.

Hechos

I

El 21 de septiembre de 2012 se autoriza por un notario de Bilbao, un acta instada por un optante en la que se protocolizan sendos burofax de fecha 31 de mayo de 2012 y de 25 de junio de 2012, de los que resulta que el optante notificó a uno de los concedentes el ejercicio de la opción de compra, y que la concedente se da por notificada de la comunicación del ejercicio de la opción de compra.

II

Dicha acta es presentada en el Registro pretendiendo la inscripción del ejercicio de la opción, y es calificada negativamente por el registrador, en los términos que a continuación se reproducen: «Registro de la Propiedad de Bilbao número 10. Previo examen y calificación del precedente documento, y tras examinar los antecedentes del Registro, se deniega la práctica del asiento, por el defecto de constar cancelada en los libros de este Registro la opción de compra cuyo ejercicio y consumación se pretende con el acta presentada, y, porque además, y todo caso, el título presentado carece de la trascendencia jurídico-real necesaria para su constatación registral. Dicha resolución resulta de los siguientes hechos y se justifica en los fundamentos de Derecho que a continuación se indican: Hechos. 1. El precedente documento, consistente en acta de protocolización autorizada por el notario de Bilbao don José Antonio González Ortiz el veintiuno de septiembre de dos mil doce, con número de protocolo 1.265, fue presentada en este Registro telemáticamente el veintiuno de septiembre de dos mil doce bajo el número de Asiento 2055 del Diario 37, número de entrada 1935. La acreditación del pago del impuesto tuvo lugar mediante remisión telemática con fecha veinticinco de septiembre de dos mil doce de una diligencia de igual fecha. 2. Con fecha veintiuno de mayo de dos mil doce se inscribió en los libros del Registro una opción de compra formalizada ante el notario de Bilbao don Jose Antonio González Ortiz de fecha tres de abril de dos mil doce, respecto de la finca 23.108 al folio 134 del Libro 487 de Leioa, en la que figura como concedentes los propietarios de dicha finca y como beneficiario de la opción la mercantil Pv Nueva Promotora 2005 S.L. En la referida escritura que motivó la inscripción 4.ª, se expresa lo siguiente: «El plazo para el ejercicio de la opción será hasta el día 1 de junio de 2012. Transcurrido dicho plazo sin que por la optante se haya ejercitado la opción, la misma quedará extinguida de forma incondicional, automática, y sin necesidad de cumplir formalidad adicional alguna. La optante deberá notificar el ejercicio de la opción mediante notificación escrita remitida con constancia de acta notarial, o burofax con acuse de recibo y copia certificada, dirigida a los concedentes, conforme a lo indicado en el otorgan sexto de esta escritura. Los concedentes se comprometen a otorgar la correspondiente escritura

pública de compraventa dentro de los diez (10) días naturales siguientes a la recepción de esa notificación de ejercicio de la opción de compra. Si el décimo día natural fuera no laborable en Bilbao, el citado plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Si para el 31 de julio de 2012 no constare en el Registro de la Propiedad el ejercicio de la opción se podrá solicitar del Registro de la Propiedad la cancelación de la inscripción registral de la presente opción de compra. 3. Como resulta de la inscripción 5.ª de la finca 23.108 de Leioa, doña M. U. P., en cuanto que una de las concedentes del derecho de opción, tras manifestar que ha transcurrido el plazo señalado para el ejercicio de la opción de compra –1 de junio de 2012– sin que la sociedad beneficiaria ni ninguna otra sociedad de su grupo empresarial haya ejercitado la misma, procede a cancelar totalmente la expresada opción. Así resulta de escritura autorizada por el notario de Bilbao don José Antonio Isusi Ezcurdia el dos de agosto de dos mil doce, lo que motivó la inscripción de cancelación 5.ª de fecha veintiséis de septiembre de dos mil doce, por la que se canceló la inscripción 4.ª 4. En el acta objeto de la presente calificación, don F. M. S., en representación como Consejero Delegado de la mercantil PV Nueva Promotora 2005 S.L., protocoliza los burofax de fecha 31 de mayo de 2012 y de 25 de junio de 2012. En virtud del primer burofax, la citada sociedad notifica a doña M. U. P. el ejercicio de la opción de compra. Por el segundo burofax, doña M. U. P. se da por notificada de la comunicación del ejercicio de la opción de compra. Fundamentos de Derecho. 1. En sintonía con el principio de legitimación registral (artículos 38.1.º y 1.3.º de la Ley Hipotecaria) dispone el artículo 97 de dicha Ley que cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere. Una vez cancelado el derecho de opción no es posible reflejar un hipotético ejercicio del tal derecho de opción. 2. Sin perjuicio del argumento expresado en el número anterior, hay que señalar que la jurisprudencia, la doctrina científica y la de la Dirección General de Registros y Notariado, han admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho. Ahora bien, esta posibilidad exige que las partes, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, lo hayan convenido expresamente, circunstancia que no concurre en el presente caso ya que, como así resulta de la inscripción 4.ª, los contratantes acuerdan que debe ser el otorgamiento, por los concedentes y por la beneficiaria, de la correspondiente escritura pública de compraventa, el medio adecuado para reflejar documentalmente el ejercicio de la opción. 3. La Dirección General de Registros y Notariado en Resolución de 27 de octubre de 1999, considera que el acta notarial en la que el optante manifiesta ejercitar su derecho, por el precio y en las condiciones pactadas en el contrato de opción, requiriendo al concedente para el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, no puede provocar asiento alguno en el Registro, al no implicar una modificación jurídico-real, ni estar prevista en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, y por otra, ese reflejo registral indeterminado tanto en su naturaleza como en sus efectos, crearía una publicidad registral equívoca. Por su parte la Resolución de 7 de septiembre de 1982, señala que en caso que no se pacte desde el comienzo el posible ejercicio unilateral de la opción, se rechaza que pueda extenderse nota marginal acreditativa del ejercicio del derecho de opción por su titular, admitiendo que se anote preventivamente la demanda en la que el optante pretenda el otorgamiento de la escritura en caso de negativa del concedente. Por los referidos hechos y fundamentos de Derecho, se deniega la práctica del asiento por el defecto expresado el principio de esta nota, no procediendo anotación preventiva de suspensión por ser insubsanable el defecto. Se ha prorrogado por sesenta días la vigencia del asiento de presentación a contar de la última notificación de conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. De conformidad con (...). Bilbao a 3 de octubre de 2012».

III

Contra la anterior calificación se interpone el correspondiente recurso por parte de la compañía mercantil Pv Nueva Promotora 2005, S.L., en los siguientes términos: «Calificación que deniega la inscripción del acta de protocolización autorizada por el notario de Bilbao don José Antonio González Ortiz el 21.09.2012, protocolo 1265.–Primer

defecto: se ha interpuesto la demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Getxo solicitando que se declare que «PV Nueva Promotora 2005, S.L.» ejercitó el derecho de opción de compra en tiempo y plazo oportunos y asimismo se ha solicitado la nulidad del asiento de cancelación de la inscripción de dicho derecho de opción al amparo del artículo 38.2 de la LH, y todo ello en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 04.02.94, 14.02.95 y 26.04.10 y las Resoluciones de la DGRN de 14.12.10 y 12.03.09). Hasta que no exista una resolución judicial firme, no puede entenderse concurrente el defecto, al objeto de evitar que a través del principio de legitimidad registral se establezca la presunción legal de exactitud de los asientos registrales y, sin embargo, se dicte una sentencia en la que se reconozca la validez y eficacia de un derecho real cuya validez y eficacia no se encuentra reflejada en el registro por la previa cancelación de la inscripción registral. –Segundo defecto: la falta de publicidad del ejercicio de la opción podría permitir que ingresen en el Registro derechos incompatibles entre la cancelación del derecho de opción y la inscripción de la compraventa. Los posibles adquirentes del dominio o de derechos sobre la finca estarían sometidos al ejercicio de la opción de compra ocurrida fuera del Registro. La protección pública registral descansa en la concurrencia de buena fe en el adquirente, que ignora en base a la información del Registro que la titularidad del causante no existe, está viciada o sometida a limitaciones, como sucede cuando concurre un derecho de opción válidamente otorgado y que conserva su eficacia y vigencia (RR de la DGRN de 07.12.78, 30.07.90, 06.05.98 y de 27.03.00 y STS de 13.02.97)».

IV

El registrador de la Propiedad presentó su informe manteniendo su nota de calificación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 609, 1095, 1101, 1124, 1255, 1262, 1277, 1279, 1450, y 1462 del Código Civil; y los artículos 3, 18, 38, 42, 76, 79, 97 de la Ley Hipotecaria y 14 y 177 del Reglamento Hipotecario, 144 del Reglamento Notarial, las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1987, 13 de noviembre de 1992, 22 de diciembre de 1992, 4 de febrero de 1994, 14 de febrero de 1995, 14 de febrero de 1997, 6 de julio de 2001 y 15 de junio de 2004 y las Resoluciones de este Centro Directivo de 7 de diciembre de 1978, 7 de septiembre de 1982, 19 julio 1991, 27 de octubre de 1999, 27 de marzo de 2000, 23 de abril de 2003, 20 de mayo de 2005, 12 de marzo de 2009 y 14 de diciembre de 2010.

1. El presente recurso versa sobre la inscribibilidad de un acta notarial en la que se protocolizan dos burofax, uno relativo a la comunicación del ejercicio de dicho derecho a una de las concedentes del mismo, y otro por el que aquélla se da por notificada. En el Registro se había cancelado, al tiempo de la presentación del acta, la inscripción correspondiente al referido derecho de opción de compra. Son hechos relevantes para la resolución de este recurso, los siguientes:

a) En la escritura de constitución del derecho de opción de compra sobre una finca, se establecían los siguientes pactos:

«el plazo para el ejercicio de la opción será hasta el día 1 de junio de 2012. Transcurrido dicho plazo sin que por la optante se haya ejercitado la opción, la misma quedará extinguida de forma incondicional, automática, y sin necesidad de cumplir formalidad adicional alguna. La optante deberá notificar el ejercicio de la opción mediante notificación escrita remitida con constancia de acta notarial, o burofax con acuse de recibo y copia certificada, dirigida a los concedentes».

«los concedentes se comprometen a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción de esa notificación de ejercicio de la opción de compra».

«si para el 31 de julio de 2012 no constare en el Registro de la Propiedad el ejercicio de la opción cualquiera de los concedentes podrá solicitar del Registro de la Propiedad la cancelación de la inscripción registral de la opción de compra».

b) A instancia de la titular del derecho de opción, con fecha 21 de septiembre de 2012 se autoriza por un notario de Bilbao, un acta en la que se protocolizan sendos burofax de fecha 31 de mayo de 2012 y de 25 de junio de 2012, de los que resulta que el optante notificó a una de las concedentes el ejercicio de la opción de compra, y que dicha concedente se da por notificada del ejercicio de la opción de compra.

Dicha acta es la que motiva la calificación negativa.

c) con carácter previo al otorgamiento de la referida acta, el dos de agosto de 2012 una de las concedentes comparece ante notario que autoriza una escritura en la que manifiesta que ha transcurrido el plazo señalado para el ejercicio de la opción de compra –1 de junio de 2012– sin que el optante lo haya ejercitado, e insta al registrador para que conforme a lo pactado en la escritura de concesión de la opción proceda a cancelar totalmente la misma. Dicha cancelación se practicó el veintiséis de septiembre de 2012.

2. Ciertamente, tal y como ha declarado esta Dirección General en Resolución de 12 de marzo 2009 «el hecho de que el derecho de opción tenga un plazo para su ejercicio (caducidad del derecho) no permite cancelar el asiento, pues de los limitados medios de que goza el registrador para calificar (los asientos del Registro y los documentos presentados), no existe posibilidad de acreditar un hecho negativo como es la falta de ejercicio de un derecho durante su plazo de vigencia». Sin embargo, no podemos olvidar que la cancelación de los asientos –en este caso el que refleja la opción concedida– puede realizarse con el consentimiento del titular del mismo (artículo 82 de la Ley Hipotecaria); y en el supuesto examinado dicho consentimiento se prestó anticipadamente por el optante, toda vez que las partes, al amparo del artículo 177 del Reglamento Hipotecario, habían convenido expresamente en la escritura de concesión de la opción de compra que si para determinada fecha «no constare en el Registro de la Propiedad el ejercicio de la opción mediante la presentación a inscripción de la correspondiente escritura pública de compraventa, cualquiera de los concedentes podrá solicitar del Registro de la Propiedad la cancelación de la inscripción registral de la presente opción de compra».

En base a este pacto, al no haber constancia tabular del ejercicio de la opción, se canceló el asiento correspondiente a instancia de una de las concedentes. Pues bien, la mera existencia de este asiento cancelatorio es motivo suficiente para la denegación del acceso registral al título presentado, y a todo documento que refleje el eventual ejercicio del derecho de opción de compra, toda vez que dicha cancelación permite presumir la extinción del derecho inscrito (cfr. artículo 97 de la Ley Hipotecaria).

3. Al margen de la cuestión anterior, también se cuestiona el acceso registral del ejercicio unilateral del derecho de opción de compra, por no estar expresamente pactada esta modalidad. El recurrente alega que si se ha ejercitado la opción por el optante en el tiempo y la forma pactados, se perfecciona automáticamente la compraventa, ya que conforme al artículo 1262 del Código Civil concurre el concurso de la oferta y la aceptación, manifestados por los consentimientos del optante –que se produce al ejercitar la opción de compra– y del concedente –que se manifestó anticipadamente al conceder la misma–. Así se desprende de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que en varias Sentencias como las de 13 de noviembre de 1992, 22 de diciembre de 1992, 4 de febrero de 1994, 14 de febrero de 1995, 14 de febrero de 1997, 6 de julio de 2001, postula que basta con que el optante manifieste su voluntad de ejercer la opción y que la misma sea manifestada al concedente para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1987 y de 15 de junio de 2004).

Sin embargo, debe señalarse, con carácter general, que la perfección de la venta a través del ejercicio de la opción siendo un requisito indispensable, no es suficiente para que se produzca la mutación jurídico real, y para que ésta pueda tener acceso al Registro. Es necesario, además, que al margen de los efectos obligacionales correspondientes, haya tenido lugar la transmisión inmobiliaria, lo que exigirá el otorgamiento de la escritura

de compraventa. En suma, no estamos ante un problema de perfección contractual sino de consumación, de efectividad jurídico real. La perfección de la compraventa se produce por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (artículos 1262 y 1450 del Código Civil) y ésta se ha producido definitivamente al ejercitarse en tiempo y forma la opción por el optante. No obstante, siendo necesaria la perfección del contrato para la transmisión del dominio es también imprescindible su consumación, lo que tiene lugar mediante la traditio (artículos 609 y 1095 del Código Civil), ya sea la material o la instrumental que va ligada al otorgamiento de escritura pública, lo que pone de relieve que –salvo que se acredite por otro medio el elemento traditorio– es precisa la escritura pública, cuyo otorgamiento equivale a la entrega, para su acceso al Registro de la Propiedad (artículos 1462 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria). Es decir, es preciso que se haya producido previamente la mutación jurídico real, para que ésta pueda ser constatada y declarada por el Registro. Todo ello no significa que carezca de trascendencia jurídica el ejercicio y la comunicación de la opción de compra. Antes al contrario, el mero ejercicio que el derecho de opción lleva consigo sitúa al concedente como jurídicamente obligado al otorgamiento de la escritura de compraventa, pudiéndole el optante compeler judicialmente a dicho otorgamiento (artículos 1101, 1124 y 1289 del Código Civil), pero dicha facultad del optante únicamente se puede reflejar registralmente a través de la pertinente anotación preventiva de la demanda. Así, lo ha declarado de manera inequívoca esta Dirección General en su Resolución de 27 de octubre de 1999 en la que manifiesta que «es doctrina de este Centro (Resolución de 7 de septiembre de 1982) que el ejercicio del derecho de opción cuando el mismo no implica aún la modificación jurídico-real perseguida, no puede tener acceso al Registro, pues, por una parte, tal posibilidad no está prevista en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, y por otra, ese reflejo registral indeterminado en su naturaleza y efectos crearía una publicidad equívoca incompatible con la claridad que debe presidir la redacción de todo asiento registral». E incluso añade que aunque al acta en que se hiciera constar el ejercicio de la opción se acompañara de la escritura inicial comprensiva del contrato de opción, en «modo alguno se acreditaría registralmente la efectiva verificación del desplazamiento dominical perseguido, pues, con independencia de su posible virtualidad perfeccionadora del contrato definitivo –cuestión que no es necesario ahora prejuzgar–, ni es instrumento adecuado para documentar la voluntad afirmativa del optante (cfr. artículos 1217 del Código Civil, 17 y 23 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento Notarial), ni goza de la virtualidad traditoria (cfr. artículos 609 y 1462 del Código Civil) que, en caso de pacto específico al respecto, podría tener la escritura comprensiva de tal declaración afirmativa en conjunción con la originaria del contrato de opción (cfr. Resolución 19 julio 1991)».

4. Cuestión, por tanto, distinta sería si se hubiera pactado en la escritura de concesión de la opción que el optante podría por sí solo, tras ejercitar la opción, otorgar la escritura de compraventa. La doctrina jurisprudencial, la doctrina científica y la de este Centro Directivo han admitido sin ambages la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho, ya que en este caso, como nos recuerda la Resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 1991 recogiendo los argumentos de la de 7 de diciembre de 1978, «puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño o dueños lo hayan consentido al pactarse el contrato preliminar (...) el título del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción –otorgada como es obvio por ambas partes– y por la escritura de ejercicio de opción –otorgada unilateralmente por el adquirente, (...) ya que una vez autorizadas ambas el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente.»

En conclusión, al no convenirse en el título constitutivo de la opción que el optante, ejercitada la opción podía por sí sólo otorgar la escritura de compraventa por la que se produciría la transmisión del dominio y la pertinente modificación jurídico real inscribible, debe considerarse que el mero ejercicio de la opción no provoca ningún desplazamiento

patrimonial, ni puede provocar asiento alguno, siendo necesario el otorgamiento de la escritura de compraventa por los concedentes y la optante –a la que por otro lado, sustantivamente están obligados los primeros dado el contrato de opción suscrito–, pues si bien la venta se perfeccionó al ejercitarse en tiempo y forma la opción, no se ha consumado mediante la pertinente transmisión del dominio, y en definitiva esta consumación es la que puede acceder al Registro de la Propiedad.

5. Finalmente cabe recordar que en este recurso no se pone en entredicho que extraregistralmente haya de tenerse por ejercitado tempestivamente el derecho de opción, con todo lo que ello conlleva, ni que no pueda obtenerse la desvirtuación de los efectos legitimatorios que resultan de los asientos del Registro, en especial del asiento de cancelación de la opción, mediante el amparo que proporciona la correspondiente anotación preventiva en caso de que se ejercite la oportuna acción judicial.

Esta Dirección General, a la vista de las consideraciones que anteceden, ha acordado la desestimación del recurso y la confirmación de la calificación registral.

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

Madrid, 22 de enero de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.