

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10352 *Resolución de 5 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Madrid n.º 15, por la que se deniega la cancelación de una anotación preventiva solicitada en una instancia privada.*

En el recurso interpuesto por don F. H. M., abogado, en representación de la sociedad «Hidalgo y Ferreira, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Madrid número 15, don Enrique Albert Piñolé, por la que se deniega la cancelación de una anotación preventiva solicitada en una instancia privada.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Madrid, don José Usera Cano, el día 2 de agosto de 2012, número de protocolo 1943, la mercantil «Tria A.I.L.V., S.L.» cede a la sociedad «Hidalgo y Ferreira, S.L.» el derecho de opción de compra que ostentaba sobre la finca registral 15.313 del registro de la propiedad de Madrid número 15, adquirido por escritura otorgada ante el mismo notario el 29 de junio de 2011; y en el mismo acto doña M. P. N. G., titular de la finca y concedente de la opción y la cesionaria del derecho proceden a formalizar, en ejercicio del derecho, la venta y transmisión de la finca. El precio de la compra se satisface en parte por la prima de la opción, que se abonó en la escritura de constitución del derecho, correspondiendo el resto del precio a la deuda total del préstamo con garantía hipotecaria reseñada en el apartado cargas en la cual se subroga la adquirente.

II

La referida escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Madrid número 15 el día 8 de noviembre de 2012 quedando subsistente la hipoteca reseñada en el apartado cargas y una anotación preventiva de embargo letra A de 24 de enero de 2012, extendida con posterioridad a la inscripción del derecho de opción cuyo ejercicio se realizó mediante la escritura señalada.

III

Presentada en el Registro de la Propiedad de Madrid número 15 instancia suscrita por don F. H. M. en representación de la titular registral «Hidalgo y Ferreira, S.L.» de fecha 25 de abril de 2013 por la que se solicita la cancelación de la anotación preventiva de 24 de enero de 2012 por entender que la misma debió ser cancelada como consecuencia del ejercicio de la opción de compra fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Entrada número: 2223 Asiento N° 583 Diario: 95 Fecha de entrada: 16/04/2013 a las 15:05 Presentante: Hidalgo Ferreira SL. Documento: Instancia Privada cancelación embargo. Presentado en este Registro el documento arriba relacionado el Registrador que suscribe previa consulta del Registro y calificación del documento ha resuelto denegar su inscripción por los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho que constituyen defecto insubsanable: Hechos: Primero: Se recibe por correo en este Registro y se presenta a las 15:05 horas del día 26 de abril de 2013 instancia suscrita con fecha 25 de abril de 2013 por Don F. H. M. como Administrador Único de la sociedad

«Hidalgo y Ferreira S.L.» por la que se solicita se proceda a la cancelación de la anotación de embargo ejecutivo letra A de 24 de enero de 2012 que grava la finca registral 15.313 de este Registro de la Propiedad Número Quince de los de Madrid. Dicha presentación motiva el asiento 583 del Diario 95. No se acredita la representación alegada pero ha sido verificada la misma a través de consulta al Registro Mercantil por el Registrador que suscribe. Se acompaña copia de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 18 de mayo de 2011 y nota simple informativa de la relacionada finca. Segunda: Del historial registral de la finca 15.313 resulta: a) Que la finca se encontraba inscrita a favor de doña M. P. N. G. con carácter privativo por título de compra según su inscripción 3ª. b) Que constituyó hipoteca en garantía de un préstamo de veintiocho mil euros. La devolución del capital prestado se realizaría por la parte prestataria en cuatro pagos representado, sin que implique duplicidad del crédito, por cuatro letras de cambio, debidamente aceptadas. La hipoteca se constituyó a favor de Don A. A. A., con carácter privativo, como primer tenedor y a favor de los futuros tenedores de las letras de cambio, todo ello según su inscripción 4ª e) Que se inscribió una opción de compra, que se pactó como derecho real de compra y así se inscribió, a favor de la mercantil denominada «Tria A.I.L.V. S.L.–representada por su Administrador Único Don A. A. A. todo ello según su inscripción 5ª. Dicha opción de compra fue inscrita por el Registrador que suscribe, pese a contemplar la posibilidad de que encerrara un pacto comisorio, por entender que no tiene el Registrador facultades para presumir tal actuación pese a que en los negocios jurídicos inscritos siempre intervenía la misma persona en diferentes condiciones y representaciones. d) Que se anotó embargo a favor de la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja» decretado en fecha 16 de septiembre de 2011. Dicha anotación fue ordenada por el Juzgado de Primera Instancia Número 64 de Madrid por mandamiento expedido el día 27 de septiembre de 2011 presentado en este Registro de la Propiedad el día 20 de diciembre siguiente, todo ello según resulta de la anotación letra A practicada con fecha 24 de enero de 2012. e) Que se transmitió el derecho real de opción de compra a «Hidalgo Ferreira S.L.»: Dicha sociedad ejerció la opción de compra en la que A. A. A. representó a la dueña de la finca doña M. P. N. G. en base a la representación que le confirió en la escritura de constitución del derecho de opción, todo ello según resulta de la inscripción 6ª f) Que el precio de la compraventa fue de treinta y seis mil euros satisfechos de la siguiente forma: a) Dos mil euros, que fueron satisfechos en la fecha del otorgamiento de la escritura de opción de compra, como prima de la opción y parte del precio de la compraventa a ejecutar; y b) Treinta y cuatro mil euros, corresponden a la deuda total del préstamo hipotecario que grava la finca de este número en la que se subroga la parte compradora. Fundamentos de Derecho. Primero: Se deniega la cancelación de la anotación preventiva de embargo solicitada en aplicación de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 19-9-71, 7-12-78, 28-9-82, 10-4-87, 7-12-89, 8-6-98, 18-4-2002, 11-6-2002 y también se deduce de las resoluciones de 21-2-2005, 22-4-2005, 16-6-2009, 4-9-2009, 1 8-5-2011 y 26-12-2012 que alude al examen caso por caso y de las Sentencias del Tribunal Supremo de 10-9-98 y 11-4-2002, todo ello en relación con los criterios generales establecidos en los Artículos 175.6 y 236.k.2 del Reglamento Hipotecario y 672.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que no se acredita consignación ni depósito de cantidad alguna a disposición del acreedor embargante. Obsérvese que el decreto de embargo, el mandamiento, la presentación en el Registro y la anotación practicada son anteriores a la escritura de ejercicio de la opción, por tanto no es el mismo caso contemplado por la Resolución de 18 de Mayo de 2011 que se alega y que además solo resulta del Registro una deuda hipotecaria de veintiocho mil euros, pues ni se justifica que se haya incurrido en mora ni en costas y gastos dado que no aparece ningún asiento que refleje la ejecución de la hipoteca, a pesar de haber transcurrido los plazos de vencimiento de las letras. Contra esta (...). Madrid, a nueve de mayo del año dos mil trece. El Registrador. (Firma ilegible y sello del Registro con nombre y apellidos del registrador)».

IV

La anterior nota de calificación, que fue notificada el 16 de mayo de 2013, es recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por en virtud de escrito que fue presentado en Oficina de Correos el día 14 de junio de 2013 teniendo entrada en el Registro de la Propiedad de Madrid número 15 el día 18 de junio de 2013 por el que se alega que la anotación debió ser cancelada de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado que a modo indicativo se recogen en los fundamentos de Derecho de la Resolución de 18 de mayo de 2011.

V

El registrador emitió su informe el día 20 de junio de 2013 manteniendo la calificación negativa recurrida y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 44, 71, 79.2 y 118 de la Ley Hipotecaria; 175.6 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 11 de abril de 2002; y las Resoluciones de esta Dirección General de 13 de diciembre de 1955, 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982, 10 de abril y 21 de diciembre de 1987, 6 de mayo y 8 de junio de 1998, 27 de marzo de 2000, 18 de abril y 11 de junio de 2002, 23 de abril de 2003, 21 de febrero y 22 de abril de 2005, 23 de abril y 9, 10 y 11 de julio de 2007, 16 de febrero, 7 y 17 de abril de 2008, 13 de marzo y 4 de septiembre de 2009; y 18 de mayo de 2011.

1. En el presente expediente se debate sobre si por el ejercicio, mediante otorgamiento de escritura de venta, de una opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad puede cancelarse una anotación de embargo tomada con posterioridad a la inscripción de la opción pero con anterioridad al ejercicio de la misma, sin que medie consignación alguna. El precio de la escritura otorgada en ejercicio de la opción consiste parte en la prima de la opción pactada a la constitución del derecho y parte en la subrogación en una hipoteca vigente anterior, que se constituyó en garantía de unas cambiales ya vencidas que no constan haber sido insatisfechas y por principal inferior al importe en que se subroga la adquirente.

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (ver por todas Resolución de 18 de mayo de 2011 y demás citadas en los «Vistos») que una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo –en este caso existe una anotación preventiva de embargo–, pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción. En definitiva, cuando este derecho de adquisición preferente se ejercita debidamente y su titular se convierte en propietario de la finca objeto del mismo, lo que procede, es la cancelación de los derechos que se resuelven tal como exige el artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria, de modo que la cancelación del embargo es sólo una inevitable consecuencia de la extinción del derecho embargado. Ahora bien, para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas posteriores (cfr. artículo 175.6 Reglamento Hipotecario).

En efecto, aun cuando ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento regulan la cancelación de los derechos reales, cargas y gravámenes extinguidos como consecuencia de la consumación del derecho de opción, esta cuestión ha de ser resuelta teniendo en cuenta los principios generales, y en especial los hipotecarios, que informan nuestro ordenamiento jurídico, como ya se puso de manifiesto en la Resolución de 7 de diciembre de 1978.

3. El núcleo de la cuestión planteada consiste en determinar si en este caso resulta necesario el depósito y de ser así con qué importes debería efectuarse. Se desprende de la escritura que no se requiere consignación alguna, puesto que de la cantidad que

constituye el precio de la finca se practican diversas deducciones, por lo que finalmente nada se abona al vendedor.

El principio de consignación íntegra del precio establecido por diversas Resoluciones –entre ellas las de 11 de junio de 2002–, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción, perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos. Así pues es necesario analizar los eventuales pactos establecidos sobre este particular.

a) Deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla. Se trata de un pacto bastante frecuente en la práctica, especialmente en un momento de incertidumbre en el mercado inmobiliario, que incentiva a quien adquiere el derecho de opción, al permitirle, si finalmente lo ejerce, aprovechar las cantidades que abonó para adquirir la propia opción. Al constar en el Registro que la cantidad pagada por el otorgamiento de la opción se deducirá del precio, si se ejerce tal derecho, cualquier titular de un derecho posterior tiene conocimiento de que tal cantidad no se consignará.

b) Deducción del importe de cargas anteriores a la propia opción, que son asumidas o satisfechas por el optante. La cuestión fue tratada por la Resolución de 4 de septiembre de 2009, que permitió deducir de las cantidades que deben ser consignadas el importe de aquellas cargas en las que se subroga el adquirente, en los términos del artículo 118 de la Ley Hipotecaria. Lo contrario, señalaba dicha Resolución, supondría un enriquecimiento injusto a favor del titular de la carga posterior, y el correlativo perjuicio para el optante, todo ello sobre la base del precio inscrito para el ejercicio de la opción.

En principio la misma respuesta debería darse al caso presente, en que el importe de la prima forma parte del precio del ejercicio de la opción y el optante asume la obligación de pagar las cargas preferentes a la opción.

4. Sin embargo, en el supuesto de hecho de este expediente concurren circunstancias que no se dieron en el caso de la Resolución de 18 de mayo de 2011, como son las siguientes: a) quien ejerce el derecho de opción de compra es causahabiente del titular de la opción, que compró en escritura estando ya anotado el embargo sobre la finca; b) el ejercicio de la opción se realiza igualmente con posterioridad a la anotación del embargo; c) la subrogación se produce en una obligación vencida, de la que no consta registralmente su ejecución, por cantidad superior a la responsabilidad hipotecaria por principal.

Todas estas circunstancias conllevan la desestimación del recurso, pues quien ejerce la opción había adquirido este derecho con posterioridad a la anotación de embargo, y por tanto sujeta a la misma y sin perjuicio de los derechos del anotante (cfr. artículo 71 Ley Hipotecaria). El mero hecho del ejercicio de la opción después de tomada anotación preventiva, supone el arrastre de la carga; cuestión distinta sería que no sólo la opción sino también la formalización de la compraventa con la consiguiente tradición del inmueble hubiera tenido lugar con anterioridad a la anotación del embargo (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002).

5. Finalmente, en cuanto a la subrogación en la hipoteca anterior, para que no sea necesario consignación es preciso que las cantidades satisfechas por estos conceptos no sean superiores a las correspondientes coberturas hipotecarias. Dentro de dichos límites, es posible deducir no sólo el importe del principal, sino también de aquellos otros conceptos garantizados por la hipoteca que hayan podido devengarse y se acrediten. Pero resulta que en el supuesto de hecho de este expediente se excede la cifra de responsabilidad hipotecaria por principal, sin acreditación del devengo de las demás cantidades que se dicen devengadas por costas y gastos, sin que registralmente conste la ejecución de la hipoteca.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 5 de septiembre de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.