

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

15580 *Resolución de 16 de noviembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Felanitx n.º 1 por la que se suspende la cancelación de las cargas posteriores a una opción de compra, una vez ejercitada ésta.*

En el recurso interpuesto por don Armando Mazaira Pereira, notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Felanitx número 1, doña María del Rosario Fernández de Ateca, por la que se suspende la cancelación de las cargas posteriores a una opción de compra, una vez ejercitada ésta.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por el notario de Palma de Mallorca, don Armando Mazaira Pereira, de fecha 16 de mayo de 2012, número 1623 de orden, se formaliza una compraventa en ejercicio de una opción de compra solicitándose la cancelación de los embargos posteriores a la misma, pese a no haberse consignado el precio en la forma reseñada en el artículo 175-6.º del Reglamento Hipotecario, pues su importe coincide exactamente con la suma de la prima de la opción, que se deduce de éste, y el total adeudado por los préstamos hipotecarios anteriores a la opción, siendo así retenido por el comprador conforme al artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Felanitx número 1 el día 17 de mayo de 2012, y fue objeto de calificación parcialmente negativa de fecha 11 de julio de 2012 que a continuación se transcribe en lo pertinente: «Hechos: Primero. Mediante escritura otorgada el 21 de noviembre de 2008 ante el notario de Palma Don José Félix Steegmann López-Dóriga, subsanada mediante acta autorizada el 16/02/2010 ante el mismo notario señor Steegmann López-Dóriga, M. E. S., ahora transmitente, adquirió por ejecución de derecho de opción de compra la finca que ahora se transmite, gravada con las hipotecas de sus inscripciones 10.ª y 12.ª a favor del Banco Español de Crédito, S.A. y de Fines Moure Moher S.L., respectivamente. Segundo. Que mediante escritura otorgada el 14/12/2009 ante el indicado notario de Palma don José Félix Steegmann López-Dóriga, dicha señora S. concedió a la entidad Fines Moure Moher, S.L., un derecho de opción de compra sobre la finca por un plazo de cuatro años a contar desde la fecha de dicha escritura. Tercero. Con fecha 06/07/2010 se inscribió sobre la indicada finca una anotación preventiva de embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, y con fechas 23/12/2011 y 30/03/2012 se inscribieron igualmente sobre la indicada finca sendas anotaciones preventivas de ampliación de responsabilidad a favor de la indicada Tesorería General de la Seguridad Social. Cuarto. El 16/05/2012 ante el notario de Palma don Armando Mazaira Pereira se formalizó otra escritura por la que dicha Entidad Fines Moure Moher, S.L., hoy denominada Moure Moher, S.L., transmitió el citado derecho de opción de compra a J. M. R. G. Quinto. Mediante la escritura primeramente citada, la titular del indicado derecho J. M. R. G. ejercita el tan repetido derecho de opción de compra, solicitando además, en dicho título, la cancelación de las cargas posteriores a la constitución del mismo, esto es las tres anotaciones citadas en el apartado tercero. Fundamentos de Derecho: De conformidad a lo dispuesto en el artículo

175-6ª del Reglamento Hipotecario, y la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante Resoluciones de fechas veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y dos, ocho de junio de mil novecientos noventa y ocho, dieciocho de abril de dos mil dos, veintiuno de febrero de dos mil cinco, cuatro de septiembre de dos mil nueve, entre otras, falta la correspondiente consignación del precio de la venta en establecimiento público destinado al efecto, en garantía de las responsabilidades que amparan las cargas que gravan la finca transmitida. Acuerdo: En vista de los citados hechos y fundamentos de Derecho se suspende la cancelación de las anotaciones letras G, H e I. La presente calificación negativa (...). Y para que conste, expido la presente en Felanitx, once de julio de dos mil doce. (Firma ilegible)».

III

El día 20 de agosto de 2012 el notario don Armando Mazaira Pereira interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente: «1) Que los embargos no traban un bien libre, sino uno gravado con dos derechos reales de garantía y uno de adquisición preferente, cuyo contenido lógicamente han de soportar, pues las anotaciones no invisten por sí de privilegio o preferencia a los créditos que cubren cautelarmente respecto a los anteriores o preferentes, teniendo sólo eficacia respecto a terceros adquirentes posteriores y actos dispositivos realizados con posterioridad a la anotación. 2) La calificación registral vacía de contenido la trascendencia real de la inscripción de la opción igualando su utilidad a la de la opción obligacional no inscrita. 3) Mientras los embargos continúen anotados, se le está produciendo un perjuicio potencial a la compradora dado que el precio de la venta se le ve azarosamente incrementado por el importe de los embargos posteriores a la inscripción de la opción, siéndole, del mismo modo, más difícil encontrar terceros interesados en la adquisición de la finca; todo ello genera un enriquecimiento injusto a favor de los embargantes. 4) Que la Resolución de 18 de mayo de 2011 recuerda que la de 4 de septiembre de 2009 permitió detraer de las cantidades que deben ser consignadas el importe de aquellas cargas en que se subrogue el adquirente, y que la deducción del importe de la prima de opción es un pacto frecuente, que incentiva al adquirente del derecho ya que le permite aprovechar lo que abonó al comprar la opción y, al constar en el Registro, determina que los titulares de derechos posteriores saben que tal cantidad no se consignará. 5) Que, pese a no considerar adecuado al presente caso el único fundamento de Derecho de la Resolución, no se debe olvidar que no es pacífico su apoyo jurisprudencial, así la Sentencia del Tribunal Supremo 6894/2003 estima que a) no cabe la aplicación analógica del artículo 175.6ª del Reglamento Hipotecario porque los supuestos regulados en el precepto son disímiles respecto de la situación jurídica que se contempla en el derecho de opción, por lo que falta la semejanza determinante de la identidad de razón (artículo 4.1 del Código Civil); b) la existencia de problemas relativos a la valoración (caso de concurrencia) de los varios derechos de garantía o gravámenes ulteriores; c) la imposibilidad de aplicación al caso de existir compensaciones o precio aplazado; d) la falta de utilidad porque, al no poderse impedir la inscripción de la escritura pública de ejercicio de la opción y perfección simultánea de la compraventa, se produce un cierre registral para la transmisión que pudiera resultar del apremio; e) la incompatibilidad con el artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria; f) la existencia de Resoluciones de la Dirección General con soluciones diferentes, aunque minoritarias (así Resoluciones de 10 abril de 1987 y 6 de mayo de 1998); y g) porque la subrogación real, sólo es aplicable, en las hipótesis de bienes singulares, cuando la transferencia de la cualidad jurídica de un bien al que le sustituye se halla expresamente prevista en la Ley (artículos 486, 517 y 518, 1.626 y 1.627, 1.897 del Código Civil; 109 y 110.2.º de la Ley Hipotecaria; 40 de la Ley de Contrato de Seguro, entre otros)».

IV

Mediante escrito con fecha de 24 de agosto de 2012, la registradora de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 28 del mismo mes), insinuando en su informe que la opción tenía carácter de garantía, vulnerándose la prohibición de pacto comisorio, al haber sido la finca objeto de otras opciones de compra, entre los mismos titulares, y a favor de quien era ya acreedor hipotecario.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9.3º y 24 de la Constitución: 1.156, 1.166, 1.170, 1.255 del Código Civil; 10, 32, 79.2.º, 118 de la Ley Hipotecaria; 175.2.ª y 6.ª, 236k.2 del Reglamento Hipotecario; 672.1.º y 674.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982, 10 de junio de 1986, 10 de abril de 1987, 8 de abril de 1991, 6 de mayo y 8 de junio de 1998, 18 de abril y 11 de julio de 2002, 21 de febrero y 23 de julio de 2005, 30 de enero de 2006, 16 de junio y 4 septiembre de 2009 y 18 de mayo de 2011, así como la Sentencia del Tribunal Supremo 6894/2003 de 5 de noviembre.

1. Debe decidirse si procede o no la cancelación de unas anotaciones de embargo practicadas con posterioridad a la inscripción de la opción cuando no se ha consignado el precio por, previa deducción de la prima de opción, haber sido íntegramente retenido por el comprador para el pago de las dos hipotecas anteriores que gravaban el inmueble, la segunda a favor del primitivo optante, manifestándose en la escritura de compraventa que no queda remanente alguno.

2. Desde la Resolución de 7 de diciembre de 1978, esta Dirección General ha sido generalmente constante señalando que la cancelación de los derechos posteriores a un derecho de opción que hayan quedado ineficaces como consecuencia del ejercicio de ésta, habrá de tener en cuenta todos los intereses en juego, atendiendo a lo dispuesto en la legislación para casos análogos como son, hoy día, los artículos 175.6.ª o 236.k.2 del Reglamento Hipotecario o el 672.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así y como garantía de protección de los titulares de derechos posteriores, que se resuelven por el ejercicio de la opción (artículo 79.2.º de la Ley Hipotecaria), ha negado que el comprador pueda hacer cualquier detracción so pretexto de atender él directamente al pago de los mismos (Resolución de 8 de junio de 1998) o que se pudiera depositar en una cuenta corriente a favor del vendedor bajo la condición de quedar bloqueada hasta que no se acredite fehacientemente por medio de certificación del Registro que las cargas posteriores han sido levantadas, puesto que podrían verse defraudados si, cancelados sus derechos, se dispusiese el numerario obtenido para otra finalidad (Resolución de 21 de febrero de 2005).

Es cierto que en otras Resoluciones más recientes (Resoluciones de 16 de junio y 4 de septiembre de 2009 y 18 de mayo de 2011) este Centro Directivo entendió que si no hay sobrante por coincidir el precio con el importe adeudado por los gravámenes anteriores y preferentes a la opción que pesaban sobre la finca, el comprador podía retener el precio para el pago de dichas cargas preferentes, con lo que podría no quedar sobrante para los acreedores posteriores como ocurre en este caso.

3. Ante la existencia de esas dos corrientes que ofrecen soluciones distintas, es necesario examinar caso por caso según señaló la Resolución de 18 de mayo de 2011 últimamente citada. Las circunstancias que se dan en este caso son que, si bien en la concesión del derecho de opción a la primitiva entidad optante se estableció que del precio de la compraventa se podía retener el importe de las hipotecas para pagarlas o subrogarse en ellas, hay que distinguir cada una de las hipotecas existentes, pues una de ellas era a favor de una entidad crediticia ajena a las partes, pero la otra es una hipoteca a favor de la misma optante primitiva u originaria, y en ésta hay que atenerse a los datos del Registro respecto a terceros como es la Tesorería General de la Seguridad Social titular de las anotaciones de embargo que se pretenden cancelar, en cuanto al importe de

dicha hipoteca que figura en la inscripción 16ª vigente en el momento de ejercitar la opción y de solicitar la cancelación de dichas anotaciones posteriores, cuyo importe era en aquel momento, de 41.949 euros y 26 céntimos, cifra que no concuerda con la suma de 72.044 euros que se deducen por razón de dicha hipoteca en la escritura de ejercicio de la opción, ni siquiera incrementando aquellos 41.949 euros con la cantidad de 12.040 euros que se declaran como accesorios de dicha hipoteca al cancelar la misma seguidamente y en la misma fecha según la inscripción 20.ª

4. Lo que sí es posible es la deducción de la prima de opción por importe de 1000 euros, si se ha pactado y consta inscrito, pues es un pacto válido y de efectos respecto a terceros posteriores, conforme estableció la Resolución de este Centro de 29 de enero de 1986, por lo que, al constar inscrito, es oponible a cualquier tercero posterior como es la citada titular de las anotaciones de embargo, por lo que procede respecto a dicha prima la deducción del precio de venta, sin que sea necesario consignar la cantidad correspondiente al importe de dicha prima de importe de 1000 euros a favor de la anotante.

Tampoco existe ningún problema para la deducción del importe de 186.956 euros del precio de 260.000 euros, por razón de la primera hipoteca a favor del Banco acreedor, pues su importe consta acreditado por certificación incorporada a la escritura de compraventa expedida por la propia entidad acreedora. En cambio, respecto a la hipoteca a favor de la primitiva optante, no se acredita debidamente la cantidad que se señala como importe de retención de la misma, por no concordar con los datos registrales anteriormente expresados.

5. En cuanto a los argumentos esgrimidos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2003, que cita el recurrente, no constituye jurisprudencia por tratarse de una sola sentencia, ni se dan en el caso de aquella sentencia las mismas circunstancias concretas del presente supuesto, pudiendo concluirse, para el supuesto que aquí se debate que cabe la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 175.6.ª del Reglamento Hipotecario, por producirse en ambos casos el decaimiento del derecho inscrito con posterioridad que conlleva que se pueda solicitar su cancelación conforme al artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria. Y asimismo, cabe también la aplicación analógica de otro precepto que no tiene ocasión de analizar la referida sentencia, por lo que constituye argumento nuevo respecto a la misma, que es el de las adjudicaciones en procedimientos de apremio a que se refiere la regla 2.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario y la Ley de Enjuiciamiento Civil (Cfr. artículos 672.1.º y 674.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en cuanto a los requisitos para la cancelación de asientos posteriores al derecho que se ejecuta mediante la consignación del sobrante a favor de los mismos.

En virtud de todo lo anterior, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota calificadora parcialmente, en los términos que resultan de los fundamentos de Derecho anteriormente indicados, considerando el defecto como subsanable si se aclaran debidamente las discordancias anteriormente expresadas en cuanto al importe objeto de retención por razón de la segunda hipoteca.

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, 16 de noviembre de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.