

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

999 *Resolución de 12 de enero de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Totana, por la que se suspende la cancelación de un derecho de opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don Patricio Chamorro Gómez, notario de Totana, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Totana, doña Silvia Dévora Gutiérrez, por la que se suspende la cancelación de un derecho de opción de compra.

Hechos

I

Por don Patricio Chamorro Gómez, notario de Totana, se autorizó, el día 22 de agosto de 2016, una escritura pública de cancelación de opción de compra en la que comparecen tres matrimonios, don V. C. C. y doña M. A. E. L. C., don G. C. C. y doña M. D. S. C., y don J. G. C. C. y doña J. G. R., manifestando que, en virtud de escritura autorizada ante el mismo notario el día 18 de octubre de 2004, concedieron derecho real de opción de adquisición por permuta de obra futura sobre la finca registral número 48.238 de Totana a favor de la sociedad «F. Color y Sabor de Totana, S.L.». Manifiestan igualmente que conforme a dicha escritura: «El plazo máximo para el ejercicio de la opción será de tres años desde la fecha de hoy, siendo imprescindible que previamente se haya obtenido la Aprobación Definitiva de un Plan Parcial que permita su aprovechamiento urbanístico y por tanto la construcción de viviendas, ya que sin dicha condición sería imposible el cumplimiento de la contraprestación que se establece. En consecuencia, la presente Opción quedará automáticamente resuelta y sin efecto, además de no ser ejercitada en el plazo previsto, si en dicho plazo la finca en cuestión no ha obtenido la Aprobación Definitiva mencionada». A continuación, los tres matrimonios comparecientes otorgan que, habiendo transcurrido sobradamente el plazo de tres años pactado, así como que no se ha obtenido aprobación definitiva de un plan parcial, dejan constancia de que no se ha ejecutado la opción de compra y ser imposible su ejercicio futuro, «dejan sin efecto lo pactado (...) y solicitan del señor registrador la cancelación de asientos causados por dicha opción de compra». A continuación, consta lo siguiente: «No obstante yo el Notario hago a los comparecientes la advertencia de la necesidad de comparecencia de la mercantil «F. Color y Sabor de Totana S.L.», para confirmar que no se ha operado dicha opción».

II

Presentada la referida documentación en el Registro de la Propiedad de Totana, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Totana Calificado el precedente documento, escritura otorgada en Totana ante el Notario Don Patricio Chamorro Gómez, el 22/08/2016, bajo el número de protocolo 1462/2016, presentada bajo el asiento 1926 del Diario 170, tras examinar los antecedentes del Registro, ha sido objeto de calificación negativa en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: I. En el precedente documento los cónyuges don V. C. C. y doña M. A. E. L. C., los cónyuges don G. C. C. y doña M. D. S. C. y los también cónyuges don J. G. C. C. y doña J. G. R., como titulares con carácter ganancial y por terceras partes indivisas de la finca registral 48.238 de Totana, solicitan la cancelación de los asientos causados por un derecho real de opción de adquisición por permuta de obra futura, establecido por ellos sobre la citada finca a favor de la mercantil «F. Color y Sabor de Totana, S.L.», en escritura otorgada en

Totana el 18 de octubre de 2004, ante el Notario Don Patricio Chamorro Gómez, número 2.556 de su protocolo, complementada por otra otorgada en la misma ciudad y ante el mismo Notario el 21 de diciembre de 2.004, número 3.427 de protocolo, que motivó la inscripción 2.ª de la citada finca, de fecha 11 de febrero de 2.005, extendida al folio 179 del libro 692 de Totana, tomo 1.953 del archivo, en cuya inscripción figura que “el plazo máximo para el ejercicio de la opción será de tres años a contar del día del otorgamiento de la escritura que me ocupa, no afectando al cómputo de dicho plazo la calificación urbanística que en su caso obtengan los terrenos objeto del derecho de opción, facultándose de forma indistinta a don V., don G. y don J. G. C. C. para que cualquiera de ellos pueda solicitar al Registro de la Propiedad la cancelación del derecho de opción una vez transcurran tres meses a contar desde el vencimiento del plazo establecido para el ejercicio del derecho de opción sin que exista inscripción o anotación registral alguna referente a dicho derecho que lo impida”. Igualmente se pactó que el incumplimiento de la obligación de entrega (en el caso de ejercitarse la opción por parte del adquirente) en el tiempo convenido (que se acordó por un plazo máximo de siete años a contar desde la aprobación definitiva del plan parcial o actuación urbanística que se realice sobre la mencionada finca o del que forme parte la misma), daría lugar a la resolución del contrato de permuta que se celebre, a lo que se dio el carácter de condición resolutoria explícita. II. En la escritura que ahora se califica, en su apartado B), al insertar el contenido del plazo y condiciones para el ejercicio de la opción, el texto que se reproduce no concuerda con los términos y condiciones que figuran en la referida inscripción 2.ª de la indicada finca. III. En el otorgamiento de la escritura, se expresa que “habiendo transcurrido sobradamente el plazo de tres años desde la formalización de la escritura, así como que no se ha obtenido la aprobación definitiva de un plan parcial que permita su aprovechamiento urbanístico y, por tanto, la construcción de viviendas, los comparecientes dejan constancia de que no se ha ejecutado la opción de compra y ser imposible su ejercicio futuro por las mencionadas causas, por lo que dejan sin efecto lo pactado en la escritura reseñada en el exponente A (es decir, la otorgada el 18 de octubre, de 2004) y solicitan del señor registrador la cancelación de asientos causados por dicha opción de compra. No obstante, yo el Notario hago a los comparecientes la advertencia de la necesidad de comparecencia de la mercantil ‘F. Color y Sabor de Totana, S.L.’, para confirmar que no ha operado dicha opción”. IV. Como se ha expuesto en el apartado anterior por un lado los comparecientes en la escritura que ahora se califica, al no haberse “ejecutado la opción de compra y ser imposible su ejercicio futuro” dejan sin efecto lo pactado en la escritura de opción y solicitan la cancelación de los asientos causados por dicha opción de compra (cuando en realidad la opción lo era de adquisición por permuta de obra futura), y por otro, el Notario hace la advertencia de la necesidad de comparecencia de la mercantil “F. Color y Sabor de Totana, S.L.”, lo que resulta incongruente, ya que el motivo de la solicitud de la cancelación, tal y como figura en la escritura, es por haber “transcurrido sobradamente el plazo de tres años desde la formalización de la escritura”, lo que hace innecesario, de acuerdo con lo pactado por las partes en su momento, el consentimiento de la sociedad, ya que en su día se facultó a los señores C. C. para que indistintamente cualquiera de ellos pudiera solicitar la cancelación del derecho de opción como antes se ha expuesto. Tampoco se solicita expresamente la cancelación del derecho de condición resolutoria a que antes se ha hecho referencia. Artículos 9, 18, 21 y 210 de la Ley Hipotecaria, 14, 51 y 177 del Reglamento Hipotecario y principio de especialidad. A la vista de lo anteriormente señalado se suspende la práctica de los asientos registrales solicitados en el precedente documento. La referida calificación negativa lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación por un plazo de sesenta días de conformidad con lo establecido en el artículo 323,1 de la Ley Hipotecaria. No se ha tomado anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada (artículo 65 y siguientes de la Ley Hipotecaria). Contra la presente calificación (...) Totana, 5 de octubre de 2.016. La Registradora (firma ilegible), Fdo.: Silvia Dévora Gutiérrez».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Patricio Chamorro Gómez, como notario autorizante, interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 24 de octubre de 2016, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero. Que, por escritura de 18 de octubre de 2004, los titulares de la finca constituyeron una opción de adquisición por permuta a favor de la mercantil cuya cancelación solicitan en base a dos argumentos: el transcurso del plazo, fácilmente comprobable, y el hecho de no haberse ejercido por la optante. Este hecho resulta de sus manifestaciones. El notario advierte de la necesidad de comparecencia de la mercantil para que confirme que efectivamente no se ha ejercido el derecho; Segundo. Que el apartado primero de la nota de defectos alude a la necesidad de cancelar una condición resolutoria que figura inscrita, pero sin que haya tenido lugar el presupuesto para la misma: la previa transmisión de los terrenos a la mercantil optante. La escritura de 2004 contiene la previsión obligacional de constituir condición resolutoria para el caso de ejercicio de la opción, por lo que el recurrente estima que debe procederse a rectificar la inscripción practicada en su día (se acompaña al escrito de recurso copia de las escrituras autorizadas por el mismo notario los días 18 de octubre y 21 de diciembre de 2004, esta última complementaria de la anterior), y Tercero. Que el apartado cuarto de la nota de defectos califica de incongruente la solicitud de cancelación con el hecho de que el notario exija el consentimiento de la sociedad optante; Que el hecho de haber transcurrido sobradamente el plazo para el ejercicio del derecho no significa que no haya sido ejercitado con anterioridad, y es por ello por lo que el notario advierte de la necesidad de la comparecencia de la sociedad a fin de que confirme el no ejercicio; Que el hecho de que los comparecientes fuesen autorizados a solicitar la cancelación no significa que actúen en virtud de la misma, pues en el título intervienen en su propio nombre y no aluden en ningún momento al título que les autoriza a actuar. Entiende el recurrente que la calificación debe ceñirse al título presentado y al contenido de los libros, sin que deba suponerse la existencia o subsistencia de poderes no mencionados ni utilizados, y Que, en base a todo lo anterior, se solicita la revocación de la nota de calificación, sin que ello suponga que deba procederse a la inscripción, sino que debe procederse a una calificación acorde con el título presentado y con el correcto contenido de los libros del Registro.

IV

La registradora, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 28 de octubre de 2016, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1, 40, 65 y 326 de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 2007, 26 de octubre de 2012 y 9 de febrero y 6 de septiembre de 2013.

1. Inscrita en el Registro de la Propiedad determinada opción de adquisición de dominio a favor de una sociedad mercantil, los titulares del dominio solicitan su cancelación en base a que no se ha ejercitado la opción, dejando sin efecto lo pactado en su día. El notario autorizante advierte a los solicitantes de la necesidad de la comparecencia de la mercantil para que confirme el no ejercicio de la opción.

2. Es evidente que el recurso no puede prosperar. Inscrito el derecho de opción sólo procede su cancelación en los términos establecidos en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria: bien porque conste el consentimiento del titular registral bien porque se presente resolución judicial firme recaída en procedimiento en el que aquél haya sido parte. Es cierto que el asiento también puede cancelarse sin el consentimiento del titular en los casos previstos en la Ley, tal y como reconoce el propio precepto citado (vid. artículo 210.1.8.^a de la Ley

Hipotecaria en relación al artículo 177 de su Reglamento), pero es precisamente la determinación del supuesto legal aplicable la que motiva la presente.

La particularidad del supuesto de hecho es que, según afirma el recurrente (sin que pueda ahora prejuzgarse la precisión de tal afirmación), el contenido del Registro de la Propiedad no se corresponde exactamente con el conjunto de pactos que en su día las partes establecieron en el título y su complemento, que dieron lugar a la inscripción.

En base a esta circunstancia, el recurrente no solicita la revocación de la nota de defectos y la consecuente inscripción del título, sino que solicita su revocación y la emisión de una nueva nota de defectos acorde con el título presentado y el correcto contenido de los libros del Registro.

Así, el escrito de recurso solicita en primer lugar que se proceda a la rectificación del contenido del Registro para lo que acompaña copia de los títulos que en su día provocaron la inscripción. Es evidente que dicha pretensión no puede constituir el objeto de este expediente.

La posibilidad de obtener la rectificación de asientos registrales a través del recurso potestativo ante este Centro Directivo ha sido objeto de análisis reiterado. La Resolución de 9 de febrero de 2013 (reiterada por la de 6 de septiembre del mismo año), señaló lo siguiente: «2. El artículo 326 de la Ley Hipotecaria determina que el recurso debe recaer exclusivamente sobre cuestiones que se relacionen directamente e inmediatamente con la calificación del registrador, y el artículo 1 de la citada Ley determina que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales. 3. Es doctrina reiterada de esta Dirección General que sólo pueden ser objeto de recurso la nota de calificación de los registradores, pero no los asientos ya practicados. 4. Hay que partir, como aserto primario y sustancial que, de conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que sólo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento. Y no sólo ello es así, sino que, además, debe ser en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes tal asiento conceda algún derecho (artículo 40 "in fine" de la Ley Hipotecaria). En este sentido este Centro Directivo ha declarado con anterioridad (cfr. Resoluciones citadas en los "Vistos", entre muchas otras) que el recurso a esta Dirección General sólo puede interponerse frente a las calificaciones negativas, totales o parciales, suspensivas o denegatorias del asiento solicitado. No cabe instar recurso alguno frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento; por ello, admitirse por esta Dirección General la rectificación de errores que pretende la anulación de un asiento, sería lo mismo que admitir el recurso contra una inscripción realizada».

En definitiva, si los titulares registrales o un tercero entienden que el contenido del Registro es inexacto, tienen a su disposición los procedimientos establecidos en los artículos 40 y 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria sin que pueda pretenderse que se decida en el ámbito de un procedimiento como el presente que tiene un objeto distinto y en base a documentos que no fueron debidamente presentados al solicitar la calificación ahora impugnada (vid. artículo 326 de la Ley Hipotecaria y, por todas, Resolución de 7 de septiembre de 2015).

3. La segunda cuestión que plantea el recurrente es que se revoque la nota de calificación y que se lleve a cabo una nueva en función del contenido rectificado del Registro. Es claro que dependiendo esta petición de la anterior, que ha sido rechazada, merece la misma consideración sin que sea preciso que este Centro Directivo se pronuncie sobre la cuestión de fondo al no existir petición al respecto (sin que deje de ser llamativa la inversión de posición de las partes por cuanto la registradora defiende la posibilidad de cancelación unilateral en base al contenido del Registro mientras que el recurrente sostiene lo contrario habida cuenta de la inexactitud de su contenido y la posición adoptada por los titulares en el negocio de cancelación).

En cualquier caso, sí que es preciso poner de relieve la fácil solución que plantea la situación de hecho, pues estando a disposición de los interesados la documentación que motivó la inscripción registral y, más específicamente, constanding inscrita la escritura complementaria de otra formalizada el 21 de diciembre de 2004, con el número 3.427 de protocolo ante el mismo notario, don Patricio Chamorro Gómez, en la que expresamente

se pactó que cualquiera de don V., don G. y don J. G. C. C. pueda solicitar al Registro de la Propiedad la cancelación del derecho de opción una vez transcurran tres meses a contar desde el vencimiento del plazo establecido para el ejercicio del derecho de opción sin que exista inscripción o anotación registral alguna referente a dicho derecho que lo impida y habiendo sido modificada la Ley Hipotecaria en los términos que resultan del nuevo artículo 210.1.8.^a, la obligada colaboración entre los funcionarios involucrados para la mejor prestación del servicio público que tienen atribuido debería resolverse en una actuación que permitiera a los particulares afectados la rápida atención de su interés.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 12 de enero de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.