

## III. OTRAS DISPOSICIONES

### MINISTERIO DE JUSTICIA

**15399** *Resolución de 4 de septiembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Lorenzo Valero Rubio, notario de Valencia, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Sant Mateu (Castellón), por la que se suspende la cancelación de una anotación preventiva de embargo.*

En el recurso interpuesto por don Lorenzo Valero Rubio, notario de Valencia, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Sant Mateu (Castellón), don Alberto Manuel Adán García, por la que se suspende la cancelación de una anotación preventiva de embargo.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura otorgada el diez de noviembre de dos mil ocho, ante el notario de Valencia, don Lorenzo Valero Rubio, bajo el número 2.579 de protocolo, don A. F. R. y doña F. R. F. venden y transmiten a la mercantil New Style Houses 007, S.A., que compra y adquiere, en ejercicio de un derecho de opción, una finca urbana por el precio de ciento dieciocho mil euros, que la parte compradora retiene en su totalidad, de conformidad con el artículo 118, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, al ser el precio inferior al importe del saldo deudor del préstamo garantizado con hipoteca sobre la finca transmitida, el cual asciende a ciento diecinueve mil novecientos ochenta y siete euros con cincuenta y ocho céntimos de euro, subrogándose sin novación en la posición jurídica de la parte prestataria. Por la diferencia entre el precio de la venta y el importe de la deuda hipotecaria la parte vendedora se reconoce deudora de la compradora, como consecuencia de la asunción de la deuda por esta última, en los términos antes mencionados.

##### II

El 10 de noviembre de 2008 fue presentado dicho título en el Registro de la Propiedad de Sant Mateu, siendo objeto de la siguiente calificación:

«Suspendo la cancelación de la anotación preventiva de embargo posterior por no haberse consignado judicialmente la totalidad del precio de la opción a favor del titular del derecho de crédito, o alternativamente, no haberse obtenido el consentimiento del mismo.

En la escritura se afirma que el precio del ejercicio de la opción es retenido por el optante para hacer frente al pago del préstamo garantizado por hipoteca, que accedió al Registro con anterioridad a la inscripción del derecho de opción.

Esta retención del precio es perfectamente válida desde el punto de vista jurídico, pero implicará necesariamente que se deniegue la cancelación de la anotación preventiva posterior. El acreedor hipotecario no sufre ningún perjuicio por el ejercicio del derecho de opción, al haber accedido su derecho con anterioridad a la inscripción del derecho de opción. Por eso seguirá vigente la hipoteca, y en caso de incumplimiento del deudor siempre gozará de la posibilidad de ejercitar la acción real hipotecaria.

Sin embargo, el titular del crédito objeto de la anotación preventiva si que se ve perjudicado por tal ejercicio, y es por ello, que, en base al principio de prioridad registral, tal anotación debiera cancelarse. No obstante, las resoluciones de la DGRN posteriores a las de 10 de abril de 1987, tales como las de 26 de marzo de 1999 y de 11 de junio de 2002, establecieron que esta cancelación no se producía automáticamente, sino que era necesario proceder a

la consignación del precio del ejercicio de la opción o en su defecto era necesario consentimiento del acreedor. Notificación de calificación desfavorable: conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001, de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: El registrador de la propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por doña M. J. M., Directora General de Personal Quick, el día 10 de noviembre último, bajo el asiento número 1.402, del tomo 55 del Libro Diario y número de entrada 2659, que corresponde al documento otorgado por el notario de Valencia don Lorenzo Valero Rubio con el número 2579/2.008 de su protocolo, de fecha diez de noviembre del año dos mil ocho, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a lo anteriormente nombrado.

Y por considerarlo un defecto subsanable se procede a la suspensión de los asientos solicitados del documento mencionado. No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado». [Sigue pie de recursos]. Sant Mateu, a veintinueve de diciembre del año dos mil ocho.»

### III

El notario autorizante interpuso recurso mediante escrito de 6 de febrero de 2009 contra la calificación del Registrador de Sant Mateu antes transcrita. En tal escrito alega, entre otros, los siguientes argumentos: que la situación jurídica de partida es la de una opción de compra sobre finca hipotecada al tiempo de concederse dicha opción, siendo la voluntad de las partes contratantes que dicha carga no afecte a la parte optante-adquirente; que en virtud del pacto de retención el comprador no tiene la consideración de un tercer poseedor de finca hipotecada, pues no es totalmente extraño a la relación obligacional asegurada, teniendo el carácter de depositario de una suma de la que está encargado destinarla a la extinción de la hipoteca, asumiendo la obligación de satisfacer el crédito hipotecario; que la retención lleva consigo la extinción de la obligación de pago del precio de la compraventa; que en virtud del ejercicio de la opción inscrita quedan ineficaces los derechos reales posteriores procediendo la cancelación de los mismos conforme al artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria; que la exigencia de la consignación del importe de la compraventa, según resulta de un atento examen de la Resolución de 10 de abril de 1987 sólo procede cuando la naturaleza de la contraprestación lo permita; que obligar al optante a consignar el precio vulnera su derecho a adquirir la finca en la misma situación jurídica que tenía al constituirse la opción; y que si se obligara al optante-adquirente a consignar el precio para satisfacer cargas posteriores ello implicaría que habría de soportar doblemente el precio de la compra a favor de titulares registrales de rango hipotecario posterior.

### IV

El registrador de la propiedad informó, manteniendo la calificación, y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de 11 de febrero de 2009.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 103 de la Constitución, 1156, 1170 y 1255 del Código Civil; 10 y 107-10.º de la Ley Hipotecaria, 14, 175-6.º y 236-k del Reglamento Hipotecario, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1946, 7 de febrero de 1966 y 28 de junio de 1974, 5 de noviembre de 2003 y 6 de julio de 2006, y las Resoluciones de este Centro de 13 de diciembre de 1955 y 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982, 10 de abril de 1987, 6 de mayo de 1998, 8 de junio de 1998, 18 de abril de 2002, 11 de junio de 2002 y 21 de febrero de 2005.

1. Se debate en este recurso la inscribibilidad de una escritura de compraventa en ejercicio de un previo derecho de opción de compra de una finca urbana cuyo precio es íntegramente retenido por la parte compradora para el pago del saldo deudor del préstamo

hipotecario que grava la finca y cuya inscripción es anterior a la del derecho de opción de compra. La retención absorbe la totalidad del precio de la compra al ser éste inferior a aquél saldo deudor.

El registrador practica la inscripción de la compraventa, pero deniega la cancelación solicitada de una anotación preventiva de embargo practicada a favor de tercero, posterior a la inscripción del derecho de opción, por falta de consignación del precio de la venta a favor del acreedor titular de la citada anotación preventiva. El notario recurrente entiende que dicha consignación no es necesaria por no permitirlo la naturaleza propia de la forma del pago pactada.

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (ver Resoluciones 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 derecho de opción (en este caso una anotación 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 hace, por tanto, dueño pleno de la finca objeto del mismo, lo que procede, al inscribirse este dominio pleno, 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.

3. En efecto, aún 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, con base a los cuales la Resolución de 7 de diciembre de 1978 declaró que dado que no ha sido abordada por el legislador la cancelación de los derechos reales posteriores que han quedado ineficaces habrá de encontrarse el procedimiento adecuado teniendo en cuenta todos los intereses en juego, así como las soluciones establecidas para otros supuestos como las contenidas en el artículo 107-10.º de la Ley Hipotecaria o en el artículo 175-6.º del Reglamento, y, sobre todo, en el artículo 236-k del mismo texto normativo. En este último precepto se establece que, dado el significado liquidatorio que caracteriza el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, el sobrante después de pagado el crédito y los gastos del procedimiento se depositará a disposición de los titulares de derechos reales posteriores en un establecimiento público destinado al efecto. En el mismo sentido, al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos al tener que sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere —como indicó la mencionada Resolución— que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantías que ello podría implicar para los terceros afectados.

4. Ahora bien, no por ello puede confirmarse la calificación recurrida, dado que en el presente caso concurre la particularidad de que la total prestación del optante-comprador queda cumplida mediante la retención de la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente respecto del derecho de opción ejercitado, retención que se pacta como forma de pago en la escritura calificada al amparo y con el alcance previsto en el párrafo segundo del artículo 118 de la Ley Hipotecaria. Dicho precepto determina que «Si no se hubiera pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado», lo que implica que este eventual crédito del vendedor quedaría garantizado, en virtud de tal subrogación, por el mismo gravamen hipotecario que servía de cobertura al préstamo pagado por el deudor que vendió. De este modo conservaría su preferencia

sobre la anotación preventiva posterior de cuya cancelación se trata, atribuyendo en consecuencia preferencia de cobro por su importe respecto del eventual rematante o adjudicatario del procedimiento ejecutivo en que se acordó la anotación preventiva (cfr. art. 231 del Reglamento Hipotecario). Por ello, carece de sentido que la cancelación de ésta última quede subordinada en el presente caso a la previa consignación del precio de la venta retenido por el comprador. Lo contrario implicaría un evidente enriquecimiento injusto a favor del anotante –repárese en que el objeto de la anotación tenía en el momento de practicarse un valor patrimonial neto negativo, al exceder el importe de la deuda garantizada del precio pactado para la opción inscrita– en perjuicio del comprador.

En suma, el presente supuesto, de resolución de gravámenes ulteriores sin necesidad de consignación de cantidad alguna, es uno más entre los muchos que son posibles conforme a nuestro Ordenamiento. Así ocurre, por ejemplo, cuando extinguido el plazo del derecho temporal de superficie, el propietario del suelo hace suya la edificación llevada a cabo en cumplimiento de lo pactado (cfr., artículo 41 n.º 5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo), o los casos de donación con reserva de la facultad de disponer (cfr. Resolución de 23 de octubre de 1980), en los de reversión de donaciones, o revocación de donación por incumplimiento de cargas inscritas (cfr. artículos 647 del Código civil y 37.2 de la Ley Hipotecaria), en los de ejercicio de la condición resolutoria explícita por impago del precio totalmente aplazado, ejecución, judicial o extrajudicial, de hipoteca preferente cuando no queda efectivo sobrante o, en fin, en los de ejercicio del derecho de opción con pago por compensación de otros créditos del optante frente al optatario (cfr. Resolución de 10 de abril de 1987).

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota de calificación recurrida y estimar el recurso interpuesto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

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, 4 de septiembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.ª Ángeles Alcalá Díaz.