

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**14314** *Resolución de 16 de diciembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Córdoba n.º 2 a inscribir una escritura de compraventa en ejercicio de un derecho de opción de compra inscrito.*

En el recurso interpuesto por don Rafael Díaz-Vieito Piélagos, notario de Córdoba, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Córdoba número 2, don Rafael Castiñeira Fernández-Medina, a inscribir una escritura de compraventa en ejercicio de un derecho de opción de compra inscrito.

#### Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Córdoba, don Rafael Díaz-Vieito Piélagos, el día 30 de abril de 2015, número 1.096 de protocolo, se ejerció una opción de compra anteriormente concedida sobre la finca registral número 34.932 del Registro de la Propiedad de Córdoba número 2, escritura que fue inicialmente calificada negativamente, y en la que figura un diligencia aclarando que el ejercicio de la opción no era unilateral. Con posterioridad, se acompañó al título inicial otra escritura complementaria, otorgada el día 31 de julio de 2015 ante el citado notario, número 2.117 de protocolo, en la que comparecieron tanto el concedente como el titular del derecho de opción de compra (optante), quienes procedieron a complementar el título inicialmente presentado, en concreto, el importe que debía abonar el optante al concedente al tiempo de ejercitarse la opción; así como un acta, también autorizada por dicho notario el día 11 de septiembre de 2015, a la que obra unida un certificado bancario expresivo del capital pendiente del préstamo garantizado con la hipoteca que gravaba a la finca en el momento del ejercicio de la opción de compra, subsanando de este modo –se decía– el título presentado en cuanto a la determinación del precio.

II

Presentados los reseñados documentos en el Registro de la Propiedad de Córdoba número 2, se emitió la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad número dos de Córdoba Rafael Castiñeira Fernández-Medina, titular del Registro de la Propiedad Número 2 de Córdoba, ha calificado negativamente el documento que se reseña en los “hechos” de acuerdo con lo previsto en el artículo 19-bis de la Ley Hipotecaria, con arreglo a los siguientes “Hechos” y “Fundamentos de Derecho”: I.–Hechos.–Escritura de ejercicio de opción de compra otorgada ante el Notario de Córdoba, don Rafael Díaz-Vieito Piélagos, el día treinta de abril de dos mil quince, bajo el número 1096 de su protocolo, que fue presentada por vía telemática en este Registro a las 14:22:54 horas del día treinta de abril de dos mil quince, causando el asiento 101 del Diario 100, siendo aportada con fecha 11 de mayo pasado, copia autorizada en soporte papel y ejemplar de la carta de pago del impuesto, siendo retirada el día veintidós de igual mes y devuelta el día veintidós de los corrientes, habiéndose calificado negativamente con fecha veintitrés de julio pasado, prorrogándose la vigencia de dicho asiento conforme al artículo 323 de la L.H. acompañándose posteriormente con fecha diez de septiembre pasado escritura complementaria otorgada el día treinta y uno de julio de dos mil quince ante el citado Notario, bajo el número 2117 de su protocolo, en la que comparecen tanto el concedente como el titular del derecho de opción de compra, subsanando el título presentado en

cuanto a la unilateralidad del ejercicio, acompañándose con fecha de hoy, acta autorizada por dicho Notario el día once de septiembre pasado, en la que figura unido certificado bancario del capital pendiente de la hipoteca que grava a la finca en el momento del ejercicio de la opción de compra, subsanando el título presentado en cuanto a la determinación del precio, quedando subsistentes el resto de defectos observados en la nota de calificación negativa de fecha veintitrés de julio pasado. En las escrituras presentadas se procede al ejercicio bilateral de una opción de compra, en la que para determinar el precio de venta que era “la cantidad que quede pendiente de hipoteca en el momento de la compra”, en el acta autorizada por el Notario se testimonia una certificación expedida por la subdirectora de la oficina principal de la entidad acreedora, sin que exprese el título en cuya virtud actúa, que sólo resulta de la manifestación del Notario en su acta aclaratoria de once de septiembre pasado, dando juicio de suficiencia. Con posterioridad a la inscripción de la opción de compra existen inscritas las siguientes cargas: 1) Anotación preventiva de embargo letra A, practicada a favor de la Tesorería General de la seguridad Social, para responder del total débito perseguido en el expediente, ascendente a diecinueve mil trescientos dieciséis euros, ochenta y cuatro céntimos; 2) Anotación preventiva de embargo letra B, practicada a favor de la Tesorería General de la seguridad Social, para responder del total débito perseguido en el expediente, ascendente a dieciséis mil novecientos cincuenta y siete euros, setenta y ocho céntimos; 3) Anotación preventiva de embargo letra C, practicada a favor de la Diputación Provincial de Córdoba, para responder del total débito perseguido en el expediente, ascendente a treinta y seis mil euros, veinticuatro céntimos. No se acredita la aceptación del Banco de la subrogación. Se considera el defecto subsanable y se suspende la inscripción solicitada. II.—Fundamentos de Derecho.—Vistos: los artículos 609, 1.095, 1.205, 1.262 y 1.450 CC, 9,79 2.º y 118 párrafos 1.º y 2.º y artículo 79.2 de la LH, 14, 51 y 54 del RH, 53 y 153 del RN, resoluciones de la DGRN de 7 de diciembre de 1978, 13 de julio de 1999, 17 de febrero de 2000, 11 de junio de 2002, 25 de septiembre de 2003, 18 de mayo de 2011, 13 de junio de 2012, 16 de noviembre de 2012, 22 de enero de 2013, 6 de noviembre de 2013, 4 de marzo, 27 de septiembre de 2014. 1.—En cuanto a las facultades de la representante de la entidad acreedora. En la certificación expedida por doña M. M. O. R., en nombre y representación de Ibercaja, titular de la hipoteca en la que se subroga el optante, para acreditar la cantidad pendiente de hipoteca, no consta el título en virtud del cual ostenta dicha representación, no siendo suficiente a estos efectos el juicio de suficiencia que da el Notario respecto de la escritura de poder que el mismo cita en el acta autorizada conforme al artículo 153 del Reglamento Notarial. Debe ser la representante del banco la que tiene que afirmar que actúa en virtud de tal poder y no el Notario que testimonia la certificación en la citada acta. El juicio de suficiencia de tal representación le corresponde hacerlo al Registrador, ya que el Notario no es autorizante del documento, y si el poder con el que actúa no está inscrito en el Registro Mercantil, hay que aportar copia autorizada del mismo. El artículo 98.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social —modificado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso de la productividad—, con el título de “Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario”, dispone que: “1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera”; por lo que no habiendo comparecido la apoderada de la entidad acreedora en ninguno de los títulos presentados, recuerda la Dirección General en resoluciones de 13 de julio de 1999 y 17 de febrero de 2000, que la forma de acreditar la representación voluntaria es que el registrador pueda calificar la suficiencia de las facultades. 2.—En cuanto al consentimiento del acreedor a la subrogación. La compraventa en ejecución del derecho de opción ha de realizarse en los mismos términos en que se hubiese acordado por las partes, con mayor exigencia aun en los supuestos de ejercicio unilateral, dadas las consecuencias que para los titulares de cargas o derechos posteriores sobre la finca supone su consumación (art. 79 2.º LH). En este caso, lo pactado

en la escritura de opción de compra fue la subrogación del optante en el importe vivo del préstamo asegurado con la hipoteca en el momento de su ejercicio. Para que tal subrogación surta efectos liberatorios es necesaria la aceptación, expresa o tácita, del acreedor (art. 118 LH párrafo 1.º), aceptación que no resulta del título presentada. Habiéndose pactado en la escritura de concesión de la opción de compra que "...El precio de compraventa se fija por las partes en la cantidad que quede pendiente de hipoteca en el momento de la compra. Dicho importe se hará efectivo mediante la subrogación en el abono de la hipoteca que grava a dicha vivienda a favor de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja", no consta el consentimiento de la entidad acreedora, hoy Ibercaja, SA, a tal subrogación. La simple manifestación del optante, consentida por el concedente, de subrogarse en la deuda asegurada con la hipoteca no es suficiente para que se produzca la subrogación de nuevo deudor, es imprescindible el consentimiento de la entidad acreedora prestado en escritura pública. Las RDGRN de 1 de abril y 5 de septiembre de 2014, exigen, fundadamente, que el acreedor hipotecario la consienta, "pues sin su consentimiento no cabe la subrogación de la deuda", y la existencia de ese consentimiento cae en el ámbito de la calificación registral. La regla del art. 1.205 del Código Civil –"la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor"– la reitera, a efectos registrales, el art. 118 de la Ley Hipotecaria –"en caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito"–. 3.–En cuanto a la cancelación cargas posteriores. 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 puso de manifiesto la RDGRN de 7 de diciembre de 1978. Al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos, en la medida en que deben sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere 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. (RDGRN de 27 de septiembre de 2014 - BOE 27/10/2014) Es también doctrina reiterada que el principio de consignación íntegra del precio, establecido por diversas RDGRN, entre ellas la de 11 de junio de 2002, busca impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante. Así se pronuncia también la RDGRN de 25 de septiembre de 2003 (BOE 21/10/2003). Así lo declara la RDGRN de 4 de marzo de 2014: "Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (ver por todas R. 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 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 LH., de modo que la cancelación del embargo es sólo una inevitable consecuencia de la extinción del derecho embargado". Se suspende la cancelación de las cargas posteriores, que no procede, como resulta de los anteriores fundamentos, en tanto no se inscriba la compraventa derivada de la opción. No se practica anotación de suspensión, por no haber sido solicitada.–De conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria se procede a notificar esta nota de calificación negativa, en las fechas y por los medios que se indican en las notas puestas al margen del asiento de presentación. Se prorroga automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días a contar desde la fecha de la última de las comunicaciones a que se refiere el citado artículo 322 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente calificación (...) De

conformidad con los artículos 3 y 4 de la Ley de Firma Electrónica de 19 de diciembre de 2003, 35, 45.5 de la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 685.4 de la de 2003, artículos 2 y siguientes del RD 263/1996 de 16 de febrero por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en el ámbito de la Administración Pública, modificado a su vez por el RD 209/2003 de 21 de febrero, firmo electrónicamente la presente nota de calificación en Córdoba, a catorce de septiembre de dos mil quince.»

### III

El día 18 de septiembre de 2015, el notario autorizante, don Rafael Díaz-Vieito Piélagos, interpuso recurso contra la calificación, en los siguientes términos: «(...) Expone: Primero. Que habiendo autorizado escritura de ejercicio de opción de compra bajo el número 1096 de orden protocolar del año 2015, el día 30 de abril, dicho título acompañada de escritura complementaria y acta de subsanación (ésta referida exclusivamente a efectos de identificar los datos de la entidad titular del préstamo hipotecario en el que el optante se subrogaba y del poder en virtud del cual certificaba la apoderada de la misma) fue objeto de calificación negativa por parte de la titular del Registro número 2 de los de Córdoba (...), la cual se me notificó en calidad de notario autorizante. Segundo.—Que por la presente vengo a interponer recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y el Notariado, en base a las siguientes consideraciones: Como cuestión previa debo hacer constar la poca claridad en la expresión de los defectos de la nota de calificación. Por un lado, al final de los hechos el Registrador dice literalmente: “No se acredita la aceptación del Banco en la subrogación. Se considera el defecto subsanable y se suspende la inscripción solicitada”. Sin embargo en los fundamentos de derecho parece que los defectos se amplían a tres. Entiendo exigible una mayor precisión en la redacción de la nota y no tener que adivinar si son tres o uno solo los defectos que impiden la inscripción. Pues de tratarse de uno solo (la aceptación del Banco) no tienen sentido los recogidos en el punto 1 y 3 de los fundamentos de derecho. Por cuestión de prudencia se rebatirán los tres supuestos defectos. Primero.—En relación al primero de los defectos, la señora O. R., apoderada de la entidad acreedora no es otorgante del documento, si bien la certificación protocolizada por ella firmada es la que determina el precio de la compraventa de acuerdo con lo pactado en la escritura de concesión del derecho de opción de compra, cuyo contenido consta en el Registro y está bajo la salvaguarda de los Tribunales, por lo que, conocedor de algunas exigencias del registrador y aún siendo innecesario, realicé el juicio de suficiencia a los efectos de determinar si dicha señora estaba legitimada o no para emitir certificados y para fijar el importe de una deuda de una persona física o jurídica con la entidad, identificando sus circunstancias personales, así como las de la entidad a la que representa y el poder en cuya virtud ella actúa en el tráfico, poder que por lo demás está inscrito en el Registro Mercantil como se indica en la escritura y que consta en los asientos del registro número dos en infinidad de ocasiones. A la vista del título, entiendo que no ofrece duda que dicha señora tiene facultades suficientes para ello y que procedía, e incluso resulta redundante, el juicio de suficiencia tal y como quedó formulado. La exagerada pretensión del registrador llevaría a la conclusión de tener que exigir tal certificado y la exhibición de los poderes en cualquier compraventa con subrogación en la que no comparezca el banco, el decreto de nombramiento del Director General de los Registros cada vez que se solicita la inscripción de una herencia a efectos de determinar si lo es quien firma el certificado de últimas voluntades. A mayor abundamiento, el registrador tiene a su disposición según reiterada doctrina del Centro Directivo un medio adicional de calificación, cual es la consulta telemática de los asientos del Registro Mercantil que me consta utiliza de manera sistemática tal y como sería fácilmente constatable a través del análisis de sus búsquedas en el mismo. A estos efectos transcribo lo resuelto por la DGRN: A.—Resolución 23 de abril de 2014: “Al hilo de todo ello, señala la DGRN que ‘es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas Resoluciones, que el registrador en el ejercicio de su función calificador sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no sólo para el mayor acierto en la calificación sino también para

liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral sobre todo en relación con materias urbanísticas en que debe existir la mayor colaboración y coordinación posible entre Registro y Urbanismo y entre Registro y Catastro, como resulta evidente en este caso atendiendo a la legislación existente sobre la coordinación entre todas las instituciones indicadas". Cita la posibilidad de que el registrador de la Propiedad, en el ejercicio de sus funciones, pueda consultar de oficio el Registro Mercantil (Resoluciones de 16 de febrero de 2012, 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3, o que pueda consultar de oficio en algún caso el Registro General de Actos de Última Voluntad para aclarar una determinada cuestión (Resolución de 1 de junio de 2013), o calificar la declaración de concurso por consulta al Registro Mercantil (Resoluciones de 1 y 11 de julio y 6 de septiembre [6.<sup>a</sup>] de 2013). Y según Resolución de 3 de julio –3.<sup>a</sup>– de 2013, el registrador en su calificación no tiene necesariamente que limitarse a la pura literalidad del artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria en cuanto a los medios o elementos de calificación consistentes en los documentos presentados y en los asientos del Registro sino a su interpretación conforme a la realidad social y a la finalidad y principios del propio Registro como consecuencia del ámbito del procedimiento y tratamiento de datos por la imparable introducción de nuevas tecnologías que hacen insostenible esa pura literalidad del precepto, teniendo en cuenta además los principios de facilidad probatoria y proporcionalidad, así como los constitucionales de eficacia, legalidad y tutela del interés público, que permiten que tenga en cuenta el contenido de otros Registros a los que pueda acceder el registrador por razón de su cargo. Por tanto, aunque se parte siempre del principio de rogación y de la obligación por parte de los interesados de suministrar los documentos que sean necesarios para la inscripción que se solicite, ello no impide que siempre que el registrador de la Propiedad tenga a su alcance determinados medios de otros Registros u Oficinas que sean fácilmente accesibles, pueda utilizarlos, aunque no esté obligado a ello, para facilitar la tramitación del procedimiento registral y aclarar algunos extremos. B.–Resolución 13 febrero 2014: "Y, en fin, tampoco puede servir para considerar que una finca tiene la cualidad de ser vivienda habitual del deudor el que de consulta realizada al Padrón del municipio resulte que dicho deudor se encuentra empadronado en la finca hipotecada porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria el registrador debe calificar por lo que resulte de los documentos presentados y de los asientos del Registro y, si bien es cierto (cfr. Resolución de 16 de febrero de 2012) que el registrador puede –en su función calificador– consultar los Registros públicos de jurídico, como es el Registro Mercantil, no puede equipararse a este Registro el Padrón Municipal, pues ni existe un medio oficialmente establecido para coordinar el Registro de la Propiedad y el Padrón para lograr una calificación más acorde con el principio de legalidad, ni son los asientos del Padrón asientos de Registro cuya titularidad compete al cuerpo de registradores ni, en fin, los asientos del Padrón tienen la eficacia propia de los asientos de los Registros jurídicos pues, según señala el artículo 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, tiene el Padrón condición expresa de Registro administrativo. Y si bien es cierto que según el propio artículo 16 los datos del Padrón constituyen prueba del domicilio habitual del empadronado, no lo es menos que dicha prueba, por la propia naturaleza administrativa del Registro del que emana, no puede ser considerada plena sino mera presunción que puede ser destruida por otros medios, entre los cuales no hay duda de que se incluye la manifestación en contra realizada tras la correspondiente investigación por el secretario judicial encargado de la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria." Es más, la tendencia doctrinal, legislativa y jurisprudencial es precisamente la contraria: el registrador no sólo puede sino que debe consultar los registros públicos a su alcance en el ejercicio de su función calificador (ver resolución de 9 de abril de 2015 o el artículo 80.2 de la ley del registro civil que veda al registrador la posibilidad de exigir certificaciones que pueda obtener por medios telemáticos). Resulta cuanto menos sorprendente que disponiendo a su alcance de tan sencillo medio de calificación, que ratificaría el juicio de suficiencia notarial, o bien no lo use o bien, como es lo más probable y resultaría fácil comprobar, lo use y prescinda de ello. Segundo.–En relación al segundo de los defectos

cabe hacer las siguientes consideraciones. a.–Se pactó al tiempo de constituir el derecho de opción y así consta en el Registro de la Propiedad, en consecuencia bajo la salvaguarda de los Tribunales, la forma de ejercitar tal derecho tal como refleja en su nota el registrador. No hay duda de que se ha cumplido estrictamente lo pactado e inscrito en la escritura de ejercicio de opción, resultando paradójico que el registrador manifieste que “la simple manifestación del optante, consentida por el concedente, de subrogarse en la deuda asegurada con la hipoteca no es suficiente para que se produzca la subrogación del nuevo deudor, es imprescindible el consentimiento de la entidad acreedora prestado en escritura pública”, pues dicho acreedor no fue parte en la concesión de la opción ni tiene que serlo tampoco ahora; y es especialmente paradójico toda vez que el registrador que firma esta nota tiene por costumbre cobrar como concepto arancelario independiente la subrogación hipotecaria aún cuando no exista consentimiento del acreedor en operaciones de compraventa, liquidación de gananciales y otras, y para defender tal práctica cuando le son impugnadas las facturas afirma lo siguiente: El concepto técnico y arancelario de la subrogación de hipoteca ha sido reiteradamente abordado por la Dirección General de los Registros y el Notariado, siendo en síntesis su doctrina la siguiente: – Dicho concepto es inmutable independientemente, dado el indudable alcance real que tiene el cambio de deudor en el crédito hipotecario. – Dicha modificación se pone de manifiesto, sobre todo, en el momento de la ejecución, pues el acreedor puede beneficiarse de ella al ver incrementadas las vías para realizar su derecho en caso de falta de pago de la deuda garantizada. Nuevamente no alcanzo a comprender cuál es la razón por la que para devengar honorarios y cobrarlos (que la Junta del Colegio de Registradores considera adecuados, haciendo suyas tales manifestaciones y añadiendo que el acreedor que no ha consentido podrá ejercitar la acción real, la personal contra el deudor originario y contra el que se ha subrogado que no podrá oponerse a ello en virtud de la doctrina de los propios actos) se atribuya tal eficacia a la subrogación no consentida por el acreedor y se la niegue en el caso que nos ocupa. Resulta también sorprendente que el registrador se haya adaptado de manera rápida y natural a la nueva doctrina de la DGRN sobre el carácter en general no vinculante de sus resoluciones en materia de propiedad (pues hay varias que resuelven supuestos de hecho sustancialmente análogos) y en cambio no se aparte un ápice de otras en materia arancelaria que le benefician, en menoscabo de la exigible seguridad jurídica. b.–A mayor abundamiento, el señor registrador confunde los dos supuestos del art 118 de la ley hipotecaria. En la escritura calificada no estamos ante una subrogación del ejercitante de la opción en la obligación personal garantizada que desligue de la misma al concedente, que evidentemente requeriría el consentimiento del acreedor hipotecario (1105 CC), sino en el supuesto del párrafo segundo: el comprador retiene o descuenta el importe de la carga hipotecaria, igual o superior al precio pactado de opción, asumiendo la posición del acreedor en caso de impago por el deudor, de modo que no se produce una propia subrogación al no mediar consentimiento del acreedor, pero sí una asunción de deuda, figura plenamente admitida y consolidada en nuestro ordenamiento jurídico y en la práctica habitual. El artículo 231 del reglamento hipotecario incide en la subrogación del rematante o adjudicatario en las responsabilidades de cargas o gravámenes anteriores como supuesto de subrogación real sin transmisión automática de la deuda, idea reforzada por lo art.668, 3, 669.2 y 670.5 de la ley de enjuiciamiento civil. La doctrina de la DGRN es recurrente en esta materia: la retención del importe de la carga por el optante es plenamente válida y eficaz y produce la cancelación de embargos intermedios sin necesidad de previa consignación, siempre que el importe de la carga hipotecaria sea igual o superior al precio de opción, evitando así enriquecimiento injustos del anotante, pues en rigor el anotante lo era por una cantidad negativa, así, RR de 4/9/2009 o 18/5/2011, en supuestos de hecho análogos al de la escritura calificada en los que no mediaba el consentimiento del acreedor a la subrogación; la res de 23-07-2005 insiste en que la inscripción de un derecho de opción no implica cierre registral alguno. La mutación jurídico real que implica la retención o descuento por el comprador del precio de venta se refleja registralmente, también en supuestos análogos (vg: adjudicaciones en procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial), y es, como ha quedado dicho, objeto de minutación

independiente por el registro de la propiedad. Incidiendo en lo evidente, señalar que las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 22 de marzo de 1991 y 30 de noviembre de 1998 establecen la siguiente doctrina: “la asunción de deuda se hace por la intromisión de un nuevo deudor en la relación obligatoria del pago de un contrato en el que no es parte el que asume tal compromiso, lo que no requiere la liberación del primitivo deudor, sino que se adhiere con vínculo solidario a la obligación contraída por éste (asunción acumulatoria o de refuerzo) no se está en presencia, ni mucho menos, de las previsiones del art. 1205 del Código Civil, ni técnicamente, en las figuras delimitadas en los art. 1203 y 1204 del mismo cuerpo legal, porque ni se extingue ni se modifica la obligación prístina que se mantiene intacta, sino que se añade una nueva obligación libérrimamente contraída por un tercero que refuerza el resultado final del pago en los términos, condiciones, circunstancias y modos que este tercero ofrezca, con lo que coadyuva al propósito del feliz término y cumplimiento de la primitiva obligación”. La precitada resolución de la DGRN de 4 de septiembre de 2009, en análogo supuesto de retención o descuento por el optante del valor de la carga preexistente (art. 118.2 de la LH), se refiere indistintamente a “subrogación”, entendida en este amplio sentido, y a “descuento o retención”, de modo que la cuestión nominal debería ser ociosa en casos como éstos en que es tan palmaria (y manifiesta) la intención de las partes. Tercero.—En relación al tercero de los defectos, tan sólo cabe decir que dado que en virtud de lo anteriormente expuesto el recurrente, el registrador debería haber procedido a la inscripción del ejercicio de la opción su efecto colateral es la cancelación de los mismos como tiene declarado la DGRN. De hecho el señor registrador cita en su nota alguna resolución de la que obviamente no ha procedido a su lectura completa. En este sentido transcribo la Resolución de fecha 27 de septiembre de 2014: “no procede exigir la consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y es de rango preferente al derecho de opción ejercitado”. La calificación registral de los títulos presentados a inscripción debe expresar, con la suficiente claridad, los defectos apreciados, así como, en su caso, los medios de subsanación. Aquí no está claro si no se practica la cancelación de cargas intermedias por falta de consignación, como se dice incidentalmente, o por las lógicas exigencias del principio de tracto sucesivo, al suspenderse el ejercicio de opción previo, como se concluye al expresar el defecto, en perjuicio, una vez más, de la necesaria certidumbre jurídica. Por último, una reflexión de carácter más general: en la calificación del título presentado, el registrador, como hemos ido desgranando, se ha apartado de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo; de la ley (118.2) y del reglamento hipotecario (221), así como de la ley de enjuiciamiento civil (668, 669 y 670); de la doctrina consolidada por resoluciones de la dirección general de los registros y el notariado (04/09/09; 18/05/11; 16/11/12; 06/11/13); de la manera legalmente establecida para redactar una nota de calificación con expresión clara de defectos observados y medios de subsanación (ver artículo); en última instancia, de la legítima y verdadera voluntad de las partes recogida en escritura pública sin perjuicio para tercero... pareciera que la sujeción a la legalidad vigente se predicara sólo respecto de cuestiones tan volátiles y peliagudas como las resoluciones en materia de arancel registral. En base a lo anterior vengo a interponer recurso.»

## IV

Mediante escrito, de fecha 29 de septiembre de 2015, el registrador de la Propiedad elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 609, 1095, 1205, 1262 y 1450 Código Civil; 9, 79.2.º y 118 de la Ley Hipotecaria; 98.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, según redacción dada por el artículo 34 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso a la Productividad; 14, 51 y 54 del Reglamento Hipotecario; 53 y 153 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de la

Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978, 23 de octubre de 1980, 13 de julio de 1999, 17 de febrero de 2000, 11 de junio de 2002, 25 de septiembre de 2003, 4 de septiembre de 2009, 18 de mayo de 2011, 13 de junio y 16 de noviembre de 2012, 22 de enero y 6 de noviembre de 2013 y 4 de marzo y 27 de septiembre de 2014.

1. Para la resolución del presente recurso son relevantes los hechos siguientes:

a) Mediante escritura otorgada ante el notario ahora recurrente el día 30 de abril de 2015 se ejercitó una opción de compra sobre determinada finca. Esta escritura (con una diligencia en la que se aclara que se estaba ante un ejercicio bilateral de la opción) fue inicialmente calificada negativamente, acompañándose con posterioridad a aquélla en su ulterior presentación al Registro: otra escritura complementaria otorgada el día 31 de julio de 2015 ante el mismo notario, en la que comparecieron tanto el concedente como el titular del derecho de opción de compra (optante) a efectos de complementar el título inicialmente presentado en lo relativo al exacto importe que optante habría de abonar al concedente al tiempo de ejercitarse la opción (subrogándose en determinada hipoteca), así como un acta, también autorizada por dicho notario el día 11 de septiembre de 2015 y a la que figura unido un certificado bancario del capital pendiente del préstamo garantizado con la hipoteca que gravaba a la finca en el momento del ejercicio de la opción, subsanando de este modo el título presentado –así se decía– en lo relativo a la determinación del precio que debía satisfacer el optante.

b) Los defectos expresados en la calificación objeto de recurso son los siguientes:

– Respecto de las facultades de la representante de la entidad acreedora para expedir la certificación acreditativa de la cantidad pendiente del préstamo hipotecario –y debida por el concedente de la opción–, la cual había sido expedida por determinada persona en nombre y representación de «Ibercaja» (titular de la hipoteca en la que se subroga el optante), no consta el título en virtud del cual tal persona ostenta dicha representación, sin que sea suficiente, a estos efectos, el juicio de suficiencia que respecto de la escritura de poder da el notario en acta autorizada al amparo del artículo 153 del Reglamento Notarial.

– El necesario consentimiento del acreedor a la subrogación, pues la compraventa en ejecución del derecho de opción ha de realizarse en los mismos términos en que se hubiese acordado por las partes, y lo pactado en la escritura de opción de compra fue la subrogación del optante en el importe vivo del préstamo asegurado con la hipoteca al tiempo de su ejercicio; por lo que para que tal subrogación surta efectos liberatorios es necesaria la aceptación, expresa o tácita, del acreedor, de modo que la simple manifestación del optante, consentida por el concedente, de subrogarse en la deuda asegurada con la hipoteca no es suficiente para que se produzca la subrogación de nuevo deudor, y por ello es imprescindible el consentimiento de la entidad acreedora prestado en escritura pública.

– En lo referente a la cancelación cargas posteriores, tal cuestión ha de ser resuelta teniendo en cuenta los principios generales, y en especial los hipotecarios, que informan nuestro ordenamiento jurídico; de modo que al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos, en la medida en que deben sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, siendo doctrina reiterada y establecida por diversas Resoluciones de esta Dirección General el principio de consignación íntegra del precio.

c) El notario recurrente alega lo siguiente:

– En relación con el primero de los defectos, la apoderada de la entidad acreedora no es otorgante del documento, si bien la certificación protocolizada por ella firmada es la que determina el precio de la compraventa de acuerdo con lo pactado en la escritura de concesión del derecho de opción de compra, cuyo contenido consta en el Registro y está bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que, aun siendo innecesario, se había realizado el juicio notarial de suficiencia de sus facultades a los efectos de determinar si

dicha señora estaba legitimada o no para emitir certificados y para fijar el importe de una deuda de una persona física o jurídica con la entidad, identificando sus circunstancias personales, así como las de la entidad a la que representa y el poder en cuya virtud ella actúa en el tráfico, poder que por lo demás está inscrito en el Registro Mercantil como se indica en la escritura y «consta en los asientos del registro número dos en infinidad de ocasiones». Y el registrador tiene a su disposición, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, un medio adicional de calificación, cual es la consulta telemática de los asientos del Registro Mercantil, lo que podía haber realizado.

– Respecto del segundo de los defectos, se pactó al tiempo de constituir el derecho de opción, y así consta en el Registro de la Propiedad y por ende bajo la salvaguardia de los tribunales, la forma de ejercitar tal derecho, como refleja en su nota el registrador, habiéndose cumplido estrictamente lo pactado e inscrito en la escritura de ejercicio de opción, debiéndose además tener en cuenta el contenido de la Resolución de este Centro Directivo de 27 de septiembre de 2014, según la cual «...no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y es de rango preferente al derecho de opción ejercitado». Asimismo, la Resolución de 4 de septiembre de 2009, en análogo supuesto de retención o descuento por el optante del valor de la carga preexistente (artículo 118.2.º de la Ley Hipotecaria), se refiere indistintamente a «subrogación», entendida en este amplio sentido, y a «descuento o retención», de modo que la cuestión nominal debería ser ociosa en casos como éstos en que es tan clara y manifiesta la intención de las partes.

– En relación con el tercero de los defectos, el registrador debería haber procedido a la inscripción del ejercicio de la opción y su efecto colateral es la cancelación de los mismos como tiene declarado esta Dirección General, a la vista de la citada Resolución de 27 de septiembre de 2014.

2. El primero de los defectos impugnados, relativo a las facultades de la representante de la entidad acreedora para expedir la certificación acreditativa de la cantidad pendiente del préstamo hipotecario, no puede mantenerse.

En la escritura complementaria de la de opción de compra, con la comparecencia del concedente y del optante, ambas partes declaran que acreditan el importe del capital pendiente del préstamo al tiempo de ejercitarse la opción (precio convenido), mediante la certificación que expide la subdirectora de la oficina de principal de determinada entidad financiera, añadiendo el notario que legitimaba tal firma por conocerla, a la vez que daba fe de que tal persona tenía facultades suficientes para certificar. En el acta (tercer documento presentado a calificación) que por sí y ante sí autoriza el citado notario el 11 de septiembre de 2015, se indica que en la primera certificación (la incorporada a la escritura complementaria), existía un error referente a la fecha «respecto de la que se certificaba el importe de la deuda en la que se subrogaba la entidad que ejercía la opción», por lo que –añadía el notario bajo su fe– los otorgantes le habían hecho entrega de una nueva certificación, legitimando nuevamente la firma de la misma persona que expidió la primera, a la vez que –a mayor abundamiento, afirmaba– procedía a reseñar los datos personales de dicha apoderada, esto es, la escritura de poder de la que derivaba su representación con sus correspondientes datos de inscripción en el Registro Mercantil, amén de los datos completos de la entidad representada (hoy «Ibercaja Banco, S.A.U.», y originariamente una caja de ahorros con otra denominación).

De este modo, la reseña anterior pone claramente de relieve lo injustificado de las exigencias expresadas en una calificación cuya doctrina inspiradora, llevada a sus últimos extremos, sin duda provocaría la parálisis de operativas tan frecuentes como, por ejemplo, las certificaciones de ingreso de las cifras desembolsadas en la constitución de sociedades o en aumentos de capital. Por ello en absoluto puede estimarse incorrecto el proceder del notario en el acta que autorizó por sí y ante sí, y que tiene como soporte y antecedente la escritura complementaria otorgada ante él el 31 de julio de 2015 por concedente y optante y en la que ya daba fe tanto de la autenticidad de la firma que ampara la certificación,

como de las facultades de quien la expide y que luego completa de una manera más que detallada.

Adviértase que la certificación incorporada no es sino un mero elemento auxiliar, o complementario si se prefiere, con finalidad de determinar el precio que ha de satisfacer el optante caso de ejercitar la opción, y precisamente la forma de pago convenida precisa, para que no pueda haber dudas de su exacta determinación, la colaboración de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria certificando su importe, algo que ya se había realizado y acreditado de manera suficiente en la segunda escritura. Por ello tiene razón el recurrente cuando afirma que, a la vista de la primera certificación, el registrador tiene a su disposición, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, un medio adicional de calificación, cual es la consulta telemática de los asientos del Registro Mercantil (cfr. la Resolución de 23 de abril de 2014), por lo que es incongruente la afirmación que realiza el registrador en el sentido de que el juicio de suficiencia de tal representación le corresponde hacerlo a él dado que el notario no es autorizante del documento (y si el poder con el que actúa no está inscrito en el Registro Mercantil aportar copia autorizada del mismo); precisamente porque podría haber consultado el Registro Mercantil, aunque no sería necesario, toda vez que lo único relevante es si el certificante tiene facultades para certificar lo que aparece en un mero documento complementario del título, y eso ya lo había aseverado bajo su fe el notario, con lo que de este modo quedaba perfectamente clarificado un aspecto determinante y esencial del negocio jurídico cual era el importe de la prestación que debía satisfacer el optante.

3. El segundo defecto se basa en la exigencia –se dice– del necesario consentimiento del acreedor a la subrogación, pues –y así se afirma en la nota– la compraventa en ejecución del derecho de opción ha de realizarse en los mismos términos en que se hubiese acordado por las partes; y lo pactado en la escritura de opción de compra fue la subrogación del optante en el importe vivo del préstamo asegurado con la hipoteca en el momento de su ejercicio.

La subrogación en el saldo vivo del préstamo está claramente especificada en el título del que nace la opción de compra y también se emplea dicha expresión cuando se ejercita, por lo que no se comprenden las afirmaciones del notario en su recurso cuando indica que en la escritura de ejercicio de opción no se está ante una subrogación del ejercitante de la opción en la obligación personal garantizada que desligue de la misma al concedente, sino en el supuesto en cuya virtud el comprador retiene o descuenta el importe de la carga hipotecaria, igual o superior al precio pactado de opción, asumiendo la posición del acreedor en caso de impago por el deudor. Y ello, porque la simple lectura de tal escritura pone de relieve, pues así se afirma lisa y llanamente, que el comprador se subroga en la deuda, expresión que tiene un significado preciso y que no requiere mayores puntualizaciones. En resumen, concedente y optante pactaron en su día la subrogación por éste último en la deuda hipotecaria viva, y eso es obviamente lo que se afirma en la escritura de ejercicio de la opción.

Ahora bien y dicho lo anterior, este segundo defecto ha de correr necesariamente la suerte del primero. En primer término, porque la subrogación en la obligación personal garantizada con la hipoteca (cfr. artículo 118 de la Ley Hipotecaria), para que surta efecto liberatorio para el primer deudor, ha de contar con el consentimiento del acreedor, consentimiento que puede ser expreso o tácito y operar así plenamente al margen del Registro. No obstante, la virtualidad de ese consentimiento no afecta a la operativa propia que conlleva el ejercicio de la opción respecto de los asientos posteriores, toda vez que no es decisivo que, en supuestos como el presente, haya subrogación en sentido estricto o simple descuento o retención de la carga hipotecaria, pues como en su día entendió este Centro Directivo en Resolución de 4 de septiembre de 2009, «...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».

Repárese, en segundo lugar, en que lo decisivo es que el adquirente-optante ha de hacer efectivo el pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca, la cual es de rango preferente respecto del derecho de opción ejercitado, con las consecuencias que de ello se derivan para los derechos reflejados tabularmente, como posteriormente se indicará. Por ello, que se esté ante una subrogación, ante una retención, o ante un descuento, deviene irrelevante para la dinámica de la opción y sus consecuencias respecto de derechos posteriores, de modo que carecen igualmente de fundamento las objeciones expresadas por el registrador en el defecto segundo de la nota de calificación.

4. Las consideraciones precedentes sirven para resolver la cuestión relativa al tercer defecto invocado por el registrador, pues como tiene declarado este Centro Directivo en su Resolución de 6 de noviembre de 2013, «...una vez ejercitado un derecho de opción de compra puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción. 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 de las cargas posteriores es sólo una inevitable consecuencia de la extinción del derecho gravado. 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)». Añade la misma Resolución reiterando el criterio de la de 5 de septiembre de 2013, que, «el principio de consignación íntegra del precio pactado, establecido por diversas resoluciones en base a distintos preceptos de nuestro ordenamiento, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo de perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción. El conjunto de interés en juego exige, para que el mecanismo de cancelación de derechos sin consentimiento de su titular funcione correctamente, que las cantidades deducidas sean indubitadas y consten debidamente acreditadas». Y termina afirmando que «como ha reiterado este Centro Directivo, para que no sea necesaria la consignación a favor de acreedores posteriores, la subrogación o descuento en la hipoteca anterior no puede superar a las correspondientes coberturas hipotecarias. En caso contrario, descuento o subrogación en cantidades superiores, debe consignarse la diferencia».

Cabe concluir, a sensu contrario, que sí que puede practicarse la cancelación de las cargas posteriores sin consignación a favor de sus titulares si las cantidades descontadas, al ser indubitadas, pueden considerarse acreditadas.

Este es el supuesto del presente caso, de resolución de gravámenes ulteriores sin necesidad de consignación de cantidad alguna, que es uno más entre los muchos posibles

conforme a nuestro Derecho. 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 54.5 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre); o los casos de donación con reserva de la facultad de disponer (cfr. la 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 concedente.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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 diciembre de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.