

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DEREHO HIPOTECARIO

**Opción de compra:** no es inscribible la escritura en que se constituye este derecho como real cuando se pacta que el optante ejercerá su derecho de adquisición mediante el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, y si a ella no concurriere el propietario de las fincas bastará para la inscripción de la misma acreditar mediante certificación bancaria el depósito del precio establecido en favor de los propietarios registrales en el momento de ejercer la opción.

**Tampoco es inscribible el pacto según el cual los demás derechos posteriores al de opción e inscritos en el Registro quedarán resueltos automáticamente, como consecuencia del ejercicio del derecho de opción sin necesidad de que concurren sus titulares, y podrán cancelarse sin otro requisito.**

**Igualmente no es inscribible el pacto que autoriza al optante para ejercer su derecho sobre varias fincas, sobre alguna de ellas o sobre parcelas de las mismas, sin expresar la superficie de éstas.** (Resolución de 7 de diciembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 19 de enero de 1979.)

*Hechos.*—Mediante escritura pública autorizada en Mahón por el Notario don José María Domingo Arizón el 24 de febrero de 1975, don Juan Vidal Bendito y otros dieron en arrendamiento con opción de compra a don Joaquín Camp Moral tres fincas rústicas situadas en el término de San Luis e inscritas en el Registro de la Propiedad con los números 1.364, 2.883 y 2.886, respectivamente. Dicha escritura contiene entre otras las siguientes cláusulas:

«Cuarta.— Don Juan Vidal Bendito constituye por este acto en favor de don Joaquín Camp Moral, que lo acepta, un derecho real de opción de compra sobre las fincas arrendadas, que se podrá ejercitar mientras duren los arriendos antes pactados.

Este derecho de opción podrá ser ejercitado sobre la totalidad de las fincas, sobre alguna de ellas o sobre parcelas de las mismas, pero no sobre cuotas indivisas, y ello en una o varias veces y durante toda la duración de los arriendos antes pactados, cualesquiera que sean las personas en cuyo poder o dominio se encuentren las fincas. Al hacerlo quedarán extinguidos todos los derechos y actos de disposición posteriores a la inscripción de los derechos que aquí se constituye. El ejercicio parcial del derecho de opción supondrá la subsistencia del arriendo y del derecho de opción sobre la parte restante.

El precio que pagará el optante a los propietarios por lo que adquiera será de 40 pesetas por metro cuadrado.

Quinta.—La decisión de adquirir las fincas o parcelas de las mismas por el precio establecido queda totalmente al arbitrio del optante, quien ejercerá su derecho mediante el otorgamiento de la oportuna escritura pública, en la que, en caso de opción parcial, practicará la pertinente segregación de la parcela o parcelas que adquiera y procurará que la descripción de ésta o éstas, además de los imprescindibles requisitos hipotecarios, contenga aquellos datos que puedan impedir cualquier duda o discusión sobre la ubicación de la misma, preferiblemente con referencia a plano incorporado a la escritura.

En todo caso, al ejercer el derecho de opción, se respetarán por el optante las limitaciones que resulten del correspondiente plan de ordenación de la zona que en su caso fuere aprobado y desde el momento en que lo fuere por las autoridades administrativas competentes.

En caso de opción parcial podrá el optante al ejercer su derecho segregar la totalidad de lo adquirido, bien como una sola finca, bien como varias.

Si el propietario no hubiere concurrido al otorgamiento de la escritura, para la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad será suficiente que a la copia auténtica de la misma se acompañe certificación expedida por la Dirección de la sucursal en Mahón del Banco de Bilbao, cuya firma esté legitimada por Notario, en la que se acredite que se ha depositado en dicha sucursal, en favor del propietario o propietarios de la finca según el Registro de la Propiedad en el momento del ejercicio de la opción, el precio que corresponda a la finca adquirida.

Los demás derechos, de cualquier clase que sean, posteriores al derecho del optante en cuanto afecten a lo adquirido, quedarán resueltos automáticamente sin necesidad de que concurran sus titulares, y si estuviesen inscritos en el Registro, se cancelarán sin otro requisito».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente:

«Examinando el precedente documento se advierte:

Primero.—No se admite pueda otorgarse la escritura pública de ejercicio de la opción unilateralmente por el optante, es decir, con su sola intervención (como establece la cláusula 5 del documento).

Segundo.—La extinción de los derechos de los subadquirentes, titulares del dominio o derechos reales sobre las fincas posteriores a la inscripción del derecho de opción, pactada en las cláusulas cuarta y quinta, y su cancelación automática vulneran lo establecido en los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

Tercero.—La posibilidad de que el optante, según las cláusulas cuarta y quinta de la escritura, pueda ejercer su derecho sobre parcelas de la finca, de cualquier superficie, pugna con el principio de especialidad base del sistema hipotecario, por lo que tampoco puede tener acceso al Registro tal facultad.

Y considerando insubsanables los anteriores defectos, deniego la inscripción de los pactos referidos, y no aviniéndose el presentante a inscribir el resto del documento, conforme al artículo 434 del Reglamento, no procede practicar operación alguna.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que en cuanto al primer defecto, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio del derecho de opción establecido sin intervención del propietario de la finca gravada es una consecuencia ineludible del carácter real que tiene este derecho nacido del contrato, cuya finalidad es transformarse en un derecho distinto, el de dominio en este caso, o a extinguirse por caducidad; que para lo primero se requiere el cumplimiento de un requisito posterior que es la determinación de la voluntad del optante, voluntad por completo libre, pero que ha de manifestarse formalmente, siendo innecesaria la intervención posterior del propietario; que en cuanto al segundo defecto cabe decir que la cancelación de los derechos de los subadquirentes es una consecuencia lógica de su extinción, y que si bien la exigencia del consentimiento de su titular registral (artículo 82 de la Ley Hipotecaria) o la presentación de un mandamiento judicial (artículo 83) constituyen la norma general cuando se trata de cancelar directamente un asiento, no es así cuando la cancelación sobreviene como consecuencia de la extinción de otro derecho distinto del que se publique en el asiento que se trata de cancelar; que según el artículo 79, 2.º, de la Ley Hipotecaria, si se extingue un derecho o se cancela su inscripción, y si esta cancelación supone otras cancelaciones no hay necesidad de nuevo título en que apoyarse, y en este sentido cabe recordar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado a propósito de la constancia en el Registro del cumplimiento de las condiciones de los documentos que para ello son necesarios, y en términos más amplios la doctrina de este mismo Centro sobre cancelación automática, que en este sentido se resuelve en la práctica corriente la cancelación de las enajenaciones hechas por los usufructuarios, reservistas y fiduciarios del derecho del nudo propietario sujeto a un usufructo con facultad de disponer y de todos los derechos de sus subadquirentes; que en cuanto al defecto tercero puede alegarse que no hay infracción alguna del principio de especialidad y menos todavía de los preceptos legales que lo fundamentan, y que negar la posibilidad de que sea concedida al optante la facultad de segregar para adquirir parcialmente sería negar la posibilidad de que el mismo propietario pudiera segregar y vencer diciendo que esta posibilidad al afectar a parte indeterminada de la finca infringe el principio de especialidad; que si el propietario puede hacerlo por sí mismo, no hay inconveniente que transmita esta facultad a un tercero.

El Registrador informó que el Código civil carece de normas propias sobre el contrato de opción, por lo que ha de acudir a la doctrina del Tribunal Supremo para su definición, la cual configura la opción como un contrato preparatorio unilateral, distinguiendo claramente la Sentencia de 17 de diciembre de 1966 el momento en que se consuma el contrato de opción de aquel en que se perfecciona el contrato de compraventa; que hoy día es muy seguida por la doctrina la teoría de que por la opción el con-

trato de compraventa se modaliza retardando su efecto, siendo irrevocable y vinculante la voluntad del vendedor y potestativa la voluntad del comprador, sin que sea necesario celebrar nuevo contrato de compraventa, pero para producir pleno efecto se necesita el complemento de la tradición, de la entrega de la cosa por el propietario (arts. 609 y 1.095 del Código civil); que sea la que sea la configuración jurídica del contrato de opción, siempre será el propietario quien tendrá que otorgar la escritura definitiva para consumir el contrato principal o para entregar la cosa, no pudiendo nunca el optante por sí solo otorgar unilateralmente esta escritura; que no es posible la cancelación automática de los derechos de los subadquirentes posteriores a la opción; que la distinción entre la opción constituida como derecho real y el contrato de opción inscribible conforme al artículo 14 del Reglamento sólo tiene trascendencia a efectos de determinar los requisitos de la inscripción, ya que el derecho real se inscribe sin más, sin los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario; que en todo caso, el derecho de opción de compra inscrito actuará contra todo propietario del inmueble afectado, que estará siempre obligado a hacer el acto de transferencia, y que por todo ello el ejercicio del derecho de opción no resuelve automáticamente todos los actos posteriores inscritos, sino que el último adquirente tiene la obligación de hacer el acto de transferencia, y por eso, tratándose de inscripciones de subadquirentes, su cancelación exige su intervención o la supletoria judicial en su caso; que la finca es el soporte de los derechos reales, y el principio de especialidad recogido entre otros por los artículos 7 y 243 de la Ley Hipotecaria impide que el optante pueda ejercitar su derecho sobre parcelas no inscritas que puedan constituirse aun cuando se determine su superficie en metros cuadrados, siendo reiterada la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros que prescribe que los derechos reales recaigan siempre sobre la finca como una unidad.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en cuanto deniega la inscripción por el motivo primero, pero sólo en cuanto para inscribir en su día la adquisición por compra de todas las fincas, de algunas de ellas o de porciones determinadas de las mismas y para el caso de que fuera el propio optante el único otorgante de la escritura especificadora correspondiente, sea suficiente con que acompañe a ella la certificación expedida por la Dirección de la sucursal en Mahón del Banco de Bilbao que está prevista en la cláusula quinta de la escritura, y revocó dicha nota denegatoria, en cuanto a los demás motivos que en la misma se consignan.

Interpuesto recurso de apelación contra el auto presidencial por el Notario y el Registrador, la Dirección General revoca parcialmente el auto apelado y acuerda:

1. Confirmar el primer defecto de la nota sólo en cuanto a que en la cláusula discutida no se previene el ser necesario acreditar la previa constitución del depósito bancario previsto cuando se otorgue la escritura unilateral de consumación de la opción, o al menos, el requerimiento del Notario para que realice el depósito bancario entregándole la cantidad pertinente.

2. Confirmar los defectos segundo y tercero de la referida nota.

*Doctrina.*—«Que la primera cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si puede pactarse con ocasión de conceder un derecho de opción de compra, que la escritura pública de ejercicio de la opción de compra puede otorgarse unilateralmente por el optante, es decir, con su sola intervención, y si ese pacto puede tener acceso al Registro de la Propiedad o si por el contrario dicho pacto no es válido, aun vigente el principio de autonomía privada, o si, aun siendo válido, no es inscribible en el Registro de la Propiedad.»

«Que el contrato de opción, al no encontrarse regulado en el Código civil, ha tenido que ser configurado por la doctrina y la jurisprudencia al amparo de las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos, y así se ha precisado su carácter consensual y casi siempre unilateral, y en el que la consumación depende exclusivamente de la decisión del optante, que si se realiza dentro del plazo concedido obliga al propietario al cumplimiento de lo pactado, y que si el objeto sobre el que recae es un inmueble; podrá en base al artículo 14 del Reglamento Hipotecario, y con los condicionamientos que este artículo señala, inscribirse en el Registro de la Propiedad y afectar a los terceros.»

«Que igualmente ha venido la jurisprudencia del Tribunal Supremo perfilando la naturaleza de este contrato de opción, y aunque pueda presentar este derecho variantes y matices según la forma en que lo hayan configurado las partes, dado el principio de autonomía de voluntad que rige toda esta materia, cabe señalar una evolución en el criterio de nuestro más alto Tribunal, desde el más restringido de las Sentencias de 23 de marzo de 1945 y 4 de diciembre de 1953, que lo consideran como una modalidad de la promesa unilateral en el que no cabe, caso de no querer concluirlo el principal, más que la indemnización de daños, al más amplio de las de 10 de julio de 1946, 7 de febrero de 1966 y 28 de junio de 1974, que lo configuran como un contrato en que es incuestionable la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, y en la que el incumplimiento no da lugar simplemente a la indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino del contrato definitivo.»

«Que la tendencia jurisprudencial últimamente reseñada acoge aquella concepción mayoritaria de la doctrina que en base a las necesidades prácticas del tráfico negocial entiende que al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo por las partes, de modo que no es necesaria una nueva declaración para que el camino negocial desemboque en el resultado final, si así lo decide quien está facultado para ello, aunque sea mediante declaración unilateral, y todo esto puede convenirse por los contratantes al amparo del artículo 1.225 del Código civil, así como atribuir al contrato de opción una energía o fuerza menor, lo que no ha sucedido en el presente caso, dado los términos en que aparece transcrita la cláusula discutida.»

«Que, por tanto, en principio, y si no existen obstáculos de otra índole, puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar (como sucede

en este recurso), el título definitivo del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción (otorgada, como es obvio, por ambas partes), y por la escritura de ejercicio de opción (otorgada unilateralmente por el adquirente), ya que una vez autorizadas ambas, el valor traídorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir el dominio al adquirente.»

«Que no obstante y dado que el optante al decidir la opción, y como consecuencia del entramado de las recíprocas relaciones derivadas de una opción de compra en trance de consumación, ha de haber cumplido las obligaciones que le atañen, lo que hace necesario que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar la opción y consumir la prevista adquisición ante el fedatario público la previa constitución del adecuado depósito o al menos requerir al Notario autorizante para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la convenida contraprestación (o precio) a su cargo, y esta importante circunstancia (aunque prevista en la cláusula debatida, que contiene la obligación de depositar el precio de una Entidad bancaria) no aparece configurada en la forma antes indicada, al establecerse que se hará con posterioridad a la consumación del contrato de opción.»

«Que respecto de la pactada extinción de los derechos posteriores y la cancelación de las inscripciones correspondientes, al permitir el artículo 14 del Reglamento Hipotecario la inscripción del derecho de opción, siempre que reúna las circunstancias que el propio artículo señala, los efectos protectores de la legislación inmobiliaria se extienden al titular del asiento que hizo constar la opción a su favor y entre ellos el derivado de la publicidad registral, al servir de aviso a terceros de su posible ejercicio, con la inevitable consecuencia de afectar a los titulares de adquisiciones y gravámenes que inscribieran su derecho con posterioridad al del optante, los cuales resultarán extinguidos, caso de que se consume la opción.»

«Que la cancelación de estos derechos reales posteriores que han quedado ineficaces no ha sido abordada en materia de opción por nuestro legislador, lo que obliga a examinar el procedimiento adecuado para verificarlo, que habrá de tener en cuenta todos los intereses en juego, y así para otros supuestos de la Ley Hipotecaria, en el artículo 107, 7.º, y el Reglamento para su ejecución, en el artículo 175, regla 6.ª, exigen para que pueda practicarse la cancelación automática, cuando se hubiesen constituido derechos reales sobre bienes sujetos a condición resolutoria, que se acredite la consignación en un establecimiento extrajudicial sumario, y de acuerdo con su significado liquidatorio, que 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.»

«Que examinando la cláusula discutida se observa que (aunque inspirada en la norma que establece la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario) contiene un pacto que afecta en forma directa a los titulares de derechos posteriores inscritos y sin establecer ninguna garantía a favor de los mismos, que verán cancelado su asiento, no ya sin su concurso, sino

que ni siquiera pueden contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, y en la que problemas importantes y delicados que puedan surgir entre las partes quedarían resueltos por la voluntad unilateral del favorecido por la opción, y en la que faltan las garantías, que en los procedimientos judiciales sumario o extrajudicial de ejecución hipotecaria (notificaciones, intervención de los terceros afectados, etc.) existen por la intervención de un funcionario (Juez o Notario) que regula la debida aplicación de las normas jurídicas.»

«Que en cuanto al tercer defecto ha de recordarse cómo una de las mayores preocupaciones del legislador desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 ha sido la de que los asientos registrales aparezcan con toda la nitidez y claridad necesarias para que los terceros puedan conocer en todo momento la situación registral del inmueble, y fruto de este principio general son los numerosos preceptos que en este aspecto ofrece esta legislación, entre los que cabe destacar a efectos de este recurso la necesidad de que quede claramente determinada la extensión del derecho que se pretende inscribir (art. 9, 2.º, de la Ley y 51, 6.º, de su Reglamento), y al establecerse en la escritura calificada, y mientras dure el periodo de vigencia de la opción, una facultad de segregación a favor del concesionario tan indeterminada en cuanto a su objeto, que de acceder a los libros registrales, no permitiría conocer a los terceros los inmuebles o parte de ellos sobre los que puede ejercitar el derecho el optante, es indudable que se atenta a lo ordenado en los mencionados preceptos legales, así como a la claridad que debe presidir la publicidad registral, y al superior principio de libertad de tráfico, por lo que en consecuencia no puede hacerse constar en el Registro.»

## CONSIDERACIONES CRITICAS

La presente Resolución da una salida al problema que plantean unas cláusulas del contrato de arrendamiento con opción de compra donde notarialmente se estructura la opción con unas singularidades que dan lugar al planteamiento del tema cuestionado. El problema afecta a la configuración del derecho de opción, al principio de especialidad y al sistema de purga de los derechos posteriores constituidos después de la opción. Aunque la solución que se da al supuesto es híbrida, como veremos, lo que sí es de alabar es el esfuerzo que en los seis primeros considerandos hace la Dirección General para precisar las líneas estructurales del derecho de opción. De todas formas y antes de introducirnos en el comentario específico de cada uno de los puntos que se afrontan, se me antoja pensar que la solución que se da no encaja mucho dentro de los derechos de garantía que, a fin de cuentas, es lo que viene a ser la opción. El deudor hipotecario al constituir, incluso unilateralmente, la garantía en cumplimiento de una obligación parece que ya ha prestado el consentimiento anticipado para el otorgamiento de la escritura de adjudicación si el acreedor tiene que ejercitar la acción real sobre el bien hipotecado. Bueno, me estoy refiriendo, por supuesto, al ejercicio de la acción hipotecaria a través del procedimien-

to extrajudicial regulado en los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario y previsto en el 129 de la Ley Hipotecaria. Es decir, parece que aquí se admite, por otros caminos jurídicos, por supuesto, que el concedente de la opción designó un mandatario para el caso de que el optante ejercite la opción y que ese mandatario puede ser el mismo optante. ¿Sería más fácil esta construcción? Veamos las diferentes posturas doctrinales, la construcción doctrinal de la Dirección y las razonadas sugerencias que hacen Notario y Registrador sobre el caso:

a) *Ejercicio unilateral de opción*

Las dos posiciones mantenidas por los dos extremos del que promueve el recurso y el que defiende la nota calificadora, son coincidentes en un punto, pero se separan diametralmente en el resto. Parece que Notario y Registrador entiende que en el contrato de opción no hay más que un contrato preparatorio unilateral, que no exige otro posterior, siendo vinculante e irrevocable la voluntad del vendedor y potestativa la del comprador, todo conforme a la Sentencia de 17 de diciembre de 1966. En lo que uno y otro discrepan es en que el Notario sostiene que en el ejercicio del derecho de opción no es precisa la intervención del concedente, ya que ello es una consecuencia del carácter real que tiene el derecho cuya finalidad es la de transformarse en dominio o extinguirse por caducidad. El Registrador entiende que en todo caso es necesaria la tradición de la cosa y el otorgamiento de la escritura definitiva para consumar el contrato principal.

La Dirección General, con auténtica maestría y prudencia en este caso, apoyándose en las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo (23 de marzo de 1945, 4 de diciembre de 1953, hasta las de 10 de julio de 1946, 7 de febrero de 1966 y 28 de junio de 1974) ve en el contrato de opción la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa y en la que el incumplimiento no da lugar a una indemnización de perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino del contrato definitivo y que en base de necesidades prácticas del tráfico negocial entiende que al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido. Por todo ello, el título definitivo para poder hacer efectivo el contrato de opción y su consecuencia está formado por «la escritura del contrato de opción» y «por la escritura de ejercicio de opción», cumpliéndose con ello la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente.

No cabe duda que siguiendo la opinión de De Castro («La promesa de contrato». A. D. C. 1950, pág. 1163 y ss.), quien estima que la esencia del precontrato o promesa de contrato radica en la concesión a una de las partes de la facultad de determinar, mediante una voluntad unilateral, la vigencia inmediata de un contrato previamente determinado en su contenido, debemos entender correcta la solución que al caso se da por la Dirección General. No otra cosa parece dar a entender el comentarista de esta Resolución en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (noviembre-diciembre, 1980, número 451, págs. 1501 y ss.) Manuel Amorós Guardiola,



quien dice: «En consecuencia, parece clara la posibilidad del ejercicio unilateral de la opción por parte del optante, sin necesidad de la voluntad concurrente de la otra parte concedente (vendedor)».

Aun calificando al contrato de opción como precontrato o promesa de contrato, o contrato preliminar parece deducirse de la doctrina emanada del Tribunal Supremo que lo que éste pretende es dar efectividad a la promesa de contrato eliminando la posible indemnización de daños y perjuicios y vitalizando dicha promesa mediante la concesión de la facultad de exigir el cumplimiento del contrato definitivo aun en contra de la voluntad del promitente. Las sentencias que se citan suponen siempre el hecho de que el concedente no ha accedido al otorgamiento de la escritura de venta y judicialmente se le condena a ello, sin que con ello pueda verse que el Juez sustituye el consentimiento de las partes, sino que lo único que realiza es ordenar la ejecución de un contrato ya perfecto. Todo ello lleva consigo un hecho clave: y es que no basta la voluntad unilateral de la opción para entender realizado el contrato, sino que es preciso acudir al Juez para que este ordene la ejecución. Sirvan de ejemplo las Sentencias de 10 de julio de 1964, 1 de julio de 1950 y 28 de junio de 1974.

Pero no creo que el contrato de opción de compra sea o puede entrar «definitivamente» dentro de los de promesa de contrato o precontrato, pues podría muy bien ser configurado como un contrato creador de un derecho real de garantía que faculta al optante a hacerse dueño de la cosa en caso de incumplir el concedente la obligación subyacente que se asegura. Con ello se llega a rozar la prohibición del artículo 1.859 del Código civil («El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca para pagar al acreedor») y a tener que volver a la construcción de la promesa o del precontrato y justificar de esta forma el incumplimiento del 1.859 del C. c. ¿Envuelve la decisión unilateral propugnada para la opción un comiso de la finca ofrecida en venta? Hay que tener en cuenta que el resultado del pacto comisorio se logra indirectamente por el mecanismo de la acción real y la participación en la subasta del acreedor hipotecario. Lo que sucede es que la subasta obliga a pagar un precio destinado a solventar la deuda y no supone el cambio de deuda por cosa, que era lo leonino del pacto de comiso. En la opción, determinada unilateralmente, no hay más que un cambio del dominio de una cosa por una cantidad que el optante de ha entregar, aparte de la que ya pudo haber entregado antes (el exceso entre lo prestado y el valor que se haya dado a la cosa). Esta especie de especulación constructiva puede tenerse en cuenta a la hora de las decisiones en torno a la naturaleza de la opción que manejada con cierta habilidad puede lograr finalidades más trascendentes que las que le ofrecen el contrato de promesa y la promesa de opción.

El contrato de opción considerado como perfecto en la determinación de elementos y circunstancias y pendiente sólo de la realización unilateral del optante, aunque no exija un nuevo consentimiento, si precisa dos requisitos que inexorablemente han de cumplirse: la entrega de la cosa y el pago de la cantidad estipulada. Ambos elementos nos van a dar la pauta para rechazar toda la doctrina mantenida por la Dirección General en su aceptación de la voluntad unilateral:

— Es evidente que para consumir la venta que el contrato de opción lleva consigo, es necesario que la cosa objeto del contrato se entregue por el vendedor al comprador. Es decir, estamos ante la figura de la tradición o entrega que como requisito fundamental establece el artículo 609 del Código civil y que facilita en forma extraordinaria el artículo 1.462 con su tradición instrumental. Puede ser cierto que no se precise un nuevo consentimiento, pero sí es necesaria la colaboración del vendedor para la entrega de la cosa vendida, pues no hay que olvidar que el 1.463 del C. c., que podría tener una aplicación a este caso, cuando dice que el comprador tenga la cosa en su poder por cualquier otra causa, no resulta aplicable al supuesto, ya que se está refiriendo a los bienes muebles y partimos de la base que el arrendamiento, con su uso y disfrute, no es de esta clase de bienes.

¿Puede el consentimiento abarcar también la entrega de la cosa o sería preciso que en la escritura de opción se prevea esta forma de realización del contrato? Tal y como está redactado el artículo 1.462 del C. c. y tal como entiende la Dirección General de los Registros y del Notariado el título inscribible: escritura del contrato de opción junto con la del ejercicio de la opción, la solución es clara, pues basta esta titulación para tener por cumplida la tradición. Así lo entiende también Amorós Guardiola en el comentario antes citado. Pero yo entiendo que no es así, pues una cosa es la prestación del consentimiento, que no es preciso repetirlo, y otra la formalización de un documento que cristalice la entrega de la cosa. El entender que la escritura unilateral del optante supone, por virtud del 1.462 del C. c., la equivalencia de entregar es dejar en manos del mismo la realización de la misma, es decir, la toma de posesión unilateral o entender que la cosa estaba ya en su poder por virtud del contrato de opción.

A mi entender aquí hay una laguna en la redacción de la cláusula que ahora trata de salvarse acudiendo al eufemismo de la escritura unilateral y la prueba de ello es que a fuerza de incluir en la cláusula casos y situaciones, facultades y garantías, resulta que a la hora de practicar una segregación ésta no se admite, pues aunque el optante al ejercitar el derecho de opción ya debe presumirse como poseedor, necesita el concurso del vendedor y titular registral. No, aquí hay algo que falla y el fallo está en que no se ha previsto en la cláusula esta entrega que muy bien pudiera tener el cauce de la norma que antes habíamos apuntado para el procedimiento extrajudicial: que el vendedor confiera mandato expreso al optante para que en su nombre otorgue la escritura a los efectos de que la misma equivalga a la entrega de la cosa.

— Toda la gran teoría desplegada por la Dirección General de los Registros al tratar de configurar el ejercicio del derecho de opción como un acto unilateral plasmado en una escritura pública sin necesidad del concurso del concedente del derecho, se viene abajo en el caso planteado al contemplar la otra obligación del pago del precio. Resulta sumamente curioso cómo el Notario prevé la falta de concurrencia del propietario para el otorgamiento de la escritura de opción de compra, sin arbitrar un medio para el logro de la tradición, pero sí prevé la forma de pago:

justificación del depósito en sucursal bancaria a favor del propietario. Este desequilibrio solamente puede justificarse acudiendo a esa construcción doctrinal de presuponer la entrega, sin que ello tenga correspondencia con la posible presunción de pago a través de la declaración del optante de que ha realizado el mismo. Creo que en ese desequilibrio provocado de la teórica igualdad de prestaciones es donde reside el gran fallo de toda esta construcción.

El entramado que la bilateralidad del contrato ofrece exige una mayor seriedad de trato y si bien la entrega se puede solucionar mediante el otorgamiento de un mandato, el mismo puede quedar condicionado a la justificación de la constitución del depósito bancario antes del otorgamiento de la escritura. Lo que sucede es que la cláusula notarial estaba deficientemente redactada y pecaba de impresica, aunque quizá tuviera la pretensión de novedosa. Por ello, la Dirección General, aun admitiendo esa dudosa teoría del otorgamiento unilateral de la escritura arremete a fondo y dice: «lo que hace necesario que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar la opción y consumir la prevista adquisición acredite ante el fedatario público la previa constitución del adecuado depósito o al menos requerir al Notario autorizante para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la convenida contraprestación (o precio) a su cargo y esta circunstancia no aparece configurada en la forma antes indicada, al establecerse que se hará con posterioridad a la consumación del contrato de opción».

La decisión de la Dirección General no puede ser más respetuosa con el carácter bilateral del contrato de compraventa, con el equilibrio de las prestaciones y con el principio sinalagmático que preside la contratación bilateral. El pago debe hacerse antes o simultáneamente y de ahí que la interpretación que se da a la cláusula no permite entenderla como válida, debiendo rechazarse su inscripción.

#### b) *Extinción de los derechos posteriores*

Cuando Roca Sastre («Derecho Hipotecario». Séptima Edición, Tomo III, página 568 y ss.) enfoca el problema de los efectos de la opción actuante respecto de los derechos reales, cargas o gravámenes que se hubieran constituido e inscrito en la finca o derecho, con posterioridad a la inscripción del correspondiente derecho de opción de compra, dice que a pesar del silencio de la ley sobre este punto caben dos sistemas: el suizo de subsistencia de tales derechos, cargas o gravámenes con «deducción del valor de los mismos» y el sistema de liquidación de dichos derechos, cargas o gravámenes por entrañar su extinción el ejercicio del derecho de opción de compra, procediéndose a su cancelación de los asientos previo abono de su importe a cargo del precio de la compra a satisfacer el optante o definitivo comprador.

La posibilidad de que existan cargas, gravámenes y limitaciones sobre la finca en la que se concede la opción está en la línea de los principios que rigen el sistema. La opción no cierra el Registro ni a los actos traslativos del dominio ni a los constitutivos de gravámenes, pues si así fuera se

generaría una eficaz prohibición de disponer constituida en actos de carácter oneroso, violándose el principio del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Estos actos en nada parecen tntorpecer el ejercicio del derecho de opción, pues por su constancia registral el mismo adquiere eficacia «erga omnes» y puede ejercitarse frente a cualquier adquirente sin que puedan afectarle las cargas o gravámenes posteriores, ya que la opción garantizaba al optante la adquisición de la finca o derecho «en la misma situación jurídica que tenía cuando se concedió». La prioridad ganada por la opción registralmente juega no sólo con la preferencia de rango, sino con la eficacia resolutoria que el ejercicio de dicho derecho lleva consigo. Si la opción inscrita sirve para algo es para eso, pues no se puede estipular un precio, jugando con el valor de una cosa, y luego disminuirlo a fuerza de creación de derechos o gravámenes que lo dejen totalmente disminuido.

En el fondo, las posiciones doctrinales de Notario y Registrador eran coincidentes: los dos estiman que el sistema lógico es la extinción de dichas cargas o gravámenes, discutiéndose únicamente si cabe la cancelación automática o se exige la intervención de los titulares. Y esa discusión la resuelve la Dirección General creando el «tertius genus» del depósito. Si cabe la cancelación automáticamente, pero si se justifica el previo depósito o consignación en un establecimiento o Caja oficial del importe que haya de ser devuelto en su caso. Cada vez la construcción se va acercando más al derecho de realización de valor y la misma Dirección invoca el procedimiento extrajudicial del artículo 235 del Reglamento Hipotecario para justificar ese depósito o consignación. Lo que pasa es que tanto en el procedimiento judicial sumario, como en el extrajudicial, existe una intervención judicial o notarial que decide el destino de dicho depósito y aquí la justificación del previo depósito abriría la vía de la cancelación sin mayores problemas. A todo ello hay que añadir que la solución, en el fondo, no hace más que poner restricciones al sistema publicitario del Registro, ya que lo lógico es que el ejercicio del derecho de opción opere como resolución de los derechos posteriormente inscritos sin más exigencias.

La cautela establecida por la Dirección General nos parece confusa y necesaria de una precisión, pues las valoraciones de los sucesivos derechos de garantía o gravamen que se establezcan pueden ofrecer ciertas dificultades, ya que no es lo mismo la constitución—a título gratuito—de una servidumbre, de un usufructo, uso o habitación, que la constitución de un derecho de realización de valor como puede ser la hipoteca. De otra parte, habría que estructurar si el depósito previo o el requerimiento notarial para el ejercicio del derecho de opción debe ser simultáneo a este otro, suplirse por el mismo y a nombre de quién o quiénes debe hacerse. Todo un complejo sistema lleno de oscuridades.

### c) *Indeterminación del objeto de la opción*

En una de las cláusulas que la escritura de opción pretendía inscribirse se incluye la de que el ejercicio del derecho de opción puede realizarse sobre la totalidad de las fincas, sobre alguna de ellas o sobre parcelas de las mismas, que el optante deberá segregar en una o varias fincas.

Notarialmente, el supuesto se defiende diciendo que el dueño puede hacer la segregación y transmitir esta facultad a un tercero, cosa que, sin embargo, no ocurre, pues a lo único que se llega es a considerar que el optante puede otorgar unilateralmente la escritura de opción, sin que se le confiera esa facultad de segregación. Decimos esto, puesto que la segregación debe ser «previa» al ejercicio de la opción, pero nunca *posterior*, que es lo que parece autorizar la cláusula y que era innecesario decirlo, pues el optante, ya propietario por el ejercicio de la opción, puede perfectamente hacer la segregación. Yo creo que aquí es donde está uno de los grandes fallos de la estructuración de la decisión unilateral, pues si para la segregación se necesita el concurso del propietario, para la entrega debe ser también sustancial.

Aparte de ello, quedaba un tema sustancial que notarialmente quiere ignorarse y es el principio de especialidad. El Registrador insiste en que la concesión de un derecho de opción debe realizarse sobre cosa que esté debidamente individualizada registralmente, sobre todo si se quiere que el mismo pueda afectar a un tercer adquirente. La cosa era tan tremendamente lógica que no era preciso insistir sobre ella. No vale pensar que el derecho concedido sobre la totalidad de una finca, pueda concretarse solamente sobre parte de ella, pues ello genera una indeterminación tan absoluta que choca abiertamente con los principios fundamentales de especialidad, claridad de la publicidad registral y libertad de tráfico.

Sin negar, por supuesto, la gran labor constructiva que el Notario realiza al redactar el documento, es preciso poner coto a imaginaciones desbordadas sin encuadrar el Registro en eso que se ha llamado «coladero» ni en de «freno» que impida toda evolución dentro de la legalidad. De cualquier forma, en este campo especulativo de la estructura de los derechos reales conviene tener muy en cuenta aquella famosa opinión de González Palomino que decía que con «*numerus apertus*» y todo, resulta que dentro de nuestro Derecho todo se reduce a dominio, derechos limitativos, de adquisición y de garantía, y la voluntad de los particulares se reduce a la determinación del objeto, condiciones, garantías y límites..., y es que falta poder e imaginación para inventar nuevos derechos reales.

**Estimadas válidas e inscribibles por el registrador las cláusulas estableciendo que la facultad resolutoria, pactada conforme al artículo 1.504 del Código, tenga una duración limitada, así como el consentimiento formal cancelatorio anticipado, ha de considerarse también inscribible la que establece la aplicación del artículo 355, apartado 1.º, una vez transcurrido el término sin que conste asiento alguno de prórroga o de ejercicio de las acciones del vendedor por razón de la venta. (Resolución de 28 de noviembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 19 de enero de 1979.)**

*Hechos.*—Por escritura de compraventa autorizada en Madrid por el Notario don Roberto Blanquer Uberos, el 2 de mayo de 1976, los esposos don Manuel Calatrava Fernández y doña María del Carmen Taibo Rouco vendieron a don Antonio Perales Cebolla determinada finca por el precio de 260.663 pesetas con veinte céntimos, parte del cual quedó aplazado, esta-

bleciéndose lo pertinente en cuanto al vencimiento y pago del mismo, entregando la parte compradora al vendedor 38 letras de cambio representativas de los plazos y vencimientos señalados, acordándose en la estipulación tercera de la referida escritura que: «La falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de las letras de cambio, a que se refiere la cláusula anterior, o la última de ellas, facultará al vendedor para resolver la venta conforme al artículo 1.504 del Código civil.

La notificación de usar la facultad de resolver la venta y el transcurso del plazo de gracia de treinta días naturales—el primero, el siguiente al de la práctica de la notificación—, que necesariamente concederá la misma notificación, determinará la resolución plena y automática de la venta. El título inscribible será el documento que justifique la notificación, resultando del mismo que tanto las letras vencidas e impagadas, debidamente protestadas, como las letras pendientes de vencimiento en su caso, obran en poder del vendedor, y además el vencimiento del plazo de gracia, en unión del título del vendedor, o sea, copia de este instrumento librada para el vendedor o sus causahabientes.

Como pena de indemnización por daños y perjuicios el vendedor retendrá la totalidad de las cantidades recibidas por causa del precio de la venta de la finca y no estará obligado a abonar cantidad alguna por impensas, gastos u obras realizadas en la finca, perdiendo el comprador, como consiente desde ahora, todo derecho por dichos conceptos.

Las partes establecen y el vendedor especialmente consiente, que la condición resolutoria que respecto de la finca se pacta, quede extinguida por el transcurso del plazo de cuarenta y cinco meses a contar desde el día de hoy, si antes no se hubiera ejercido el derecho a la resolución. También pactan expresamente las partes que la condición resolutoria quede extinguida mediante la justificación del pago de las cambiales reseñadas, lo que acreditará la simple tenencia de las mismas por el comprador, que se hará constar en acta notarial.

El vendedor presta expresamente su consentimiento formal, desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria, bien sea transcurrido el indicado plazo de cuarenta y cinco meses sin que conste en los libros asiento alguno de prórroga convenida o de ejercicio de cualquiera de las acciones y pretensiones que corresponden al vendedor por razón de la venta de dicha finca, bien sea justificando el pago de las letras representativas del precio aplazado por el acta notarial a que se alude en el párrafo anterior.

En el primer caso (extinción de la facultad resolutoria por transcurso del plazo convenido) la cancelación se practicará con carácter automático, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes por esta rogación expresa de asiento futuro.

Presentada en el Registro número 4 de Madrid primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento, en el Registro de la Propiedad número cuatro, en

el tomo 1.304 del archivo, libro 742 de la Sección segunda, folio 181, finca número 33.745, inscripción cuarta, con la excepción de los párrafos 4.º, 5.º y 6.º del número segundo del otorgamiento, relativos a la extinción de la condición resolutoria por transcurso del plazo convenido, que se deniegan:

Primero.—Por atentar a la autonomía de la calificación registral, reconocida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Segundo.—Por pretender modificar mediante convenciones particulares, el modo de llevar el Registro, desarrollado en el título IX de la Ley Hipotecaria.

Tercero.—Por pretender que en su día no se tenga en cuenta el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

Cuarto.—Por ser contraria a lo que se pretende en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 11 de diciembre de 1974. Estos defectos se consideran insubsanables.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que ninguno de los defectos contenidos en la nota son imputables a los párrafos 4.º y 5.º de la estipulación tercera (que en la nota se señala como segunda por error), ya que el párrafo 4.º contiene el pacto que regula las dos formas de extinción de la condición resolutoria, a saber, una por pago del precio y la otra por el transcurso del plazo, pacto que tiene un alcance civil y que es válido o inscribible, pues lo contrario supondría que no se podría establecer un plazo de duración a los derechos reales, facultades o potestades de trascendencia real; que el párrafo 5.º contiene una manifestación de voluntad por la que el vendedor deja prestado su consentimiento para la cancelación del asiento, fórmula que aparece regulada en el artículo 82-2.º de la Ley Hipotecaria, que establece se podría practicar la cancelación cuando resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción; que el párrafo discutido podría, a lo sumo, ser superfluo, pero no ilegal ni defectuoso; que el consentimiento cancelatorio prestado en la misma escritura, que es título del asiento que será cancelado en su día, no puede considerarse que atente a la autonomía de la calificación registral, puesto que, el citado artículo 82 regula el supuesto de que un mismo título sirva para practicar un asiento de inscripción y, en su momento, el asiento de cancelación de aquella inscripción; que los defectos señalados en la nota se refieren evidentemente al párrafo 6.º, que culmina el contenido de los dos anteriores; que en este párrafo se entiende que en el caso de extinguirse la condición resolutoria por el transcurso del plazo o término de vigencia (y no en el caso de extinguirse por cualquier otra causa como, por ejemplo, el pago) procede la cancelación automática del asiento correspondiente al derecho extinguido, suponiendo una excepción al principio de rogación; que la Resolución de 11 de diciembre de 1974 no es aplicable al caso presente, pues se refiere a un supuesto que, aunque próximo al que nos ocupa, es distinto, pues dicha Resolución trata de cancelación automática de condición resolutoria y en el recurso actual nos referimos a la cancelación automática del asiento de un derecho sustantivamente extinguido o caducado; que el artículo 83 de la Ley Hipotecaria no es aplicable, pues se refiere al cumplimiento o incumplimiento de las condiciones que afectan a un derecho inscrito; que tampoco es de aplica-

ción el artículo 56 del Reglamento Hipotecario, pues contiene el desarrollo reglamentario de los asientos de nota marginal a que se refiere el artículo 23 de la Ley para caso de consumarse la adquisición del derecho condicional; que asimismo no es de aplicación el artículo 177 del Reglamento, pues el procedimiento que regula no excluye otro procedimiento; que el recurrente en nada intenta contradecir la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 11 de diciembre de 1974, pero que no debe confundirse la caducidad de los asientos con la caducidad de los derechos inscritos, y que en este caso se trata de la cancelación de asientos por caducidad, o extinción por vencimiento del plazo pactado para la vigencia, de un derecho o facultad inscrito; que una vez vencido el plazo de vida de tal derecho o facultad se produce una inexactitud registral, conforme al artículo 40, 1.º, b), de la Ley Hipotecaria, procediendo la rectificación mediante la correspondiente cancelación que se efectuará conforme al título IV de la Ley (arts. 76 y siguientes), según los cuales (art. 79, 2.º) podrá pedirse y deberá ordenarse la cancelación total de las inscripciones cuando se extinga por completo el derecho inscrito; que la cancelación automática, si procediere, en nada atenta a la autonomía de la calificación registral, pues no eximiría de la calificación procedente, siquiera ésta fuese limitada a la circunstancia de haber transcurrido el tiempo de licencia de la facultad resolutoria; que no se ha pretendido modificar el modo de llevar el Registro ni soslayar la aplicación del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, sino que lo que se pretende es que la escritura calificada sea a la vez y mediante una sola presentación título del asiento de inscripción inicial y título de la cancelación final, que se extenderá una vez vencido el término y por el procedimiento previsto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario; que nada impide la calificación fiscal correspondiente.

El Registrador informó: Que de la escritura autorizada por el Notario recurrente sólo se denegó la inscripción de los párrafos 4.º, 5.º y 6.º de la estipulación 3.ª, párrafos que constituyen una unidad lógica y jurídica que el presentante reconoce a los efectos del artículo 434 del Reglamento, pues aceptó que la escritura se registrase sin ellos, pero no consintió en que se inscribiesen los párrafos 4.º y 5.º sin registrarse el 6.º, que contiene el meollo del problema: la cancelación automática con rogación anticipada; que el Registrador declara inscribibles los párrafos 4.º y 5.º antes denegados; fundándose en consideraciones distintas a las alegadas por el Notario, quedando así el recurso limitado a lo que contiene el párrafo 6.º; que la Resolución de 11 de diciembre de 1974 dictada en un recurso interpuesto por el mismo Notario recurrente rechazó terminantemente la inscripción de un pacto idéntico al que origina el recurso presente, ya que en ambos casos se contempla el supuesto de una compraventa con condición resolutoria en la que anticipadamente se pide su cancelación automática una vez transcurrido el plazo convenido; que la identidad de circunstancias puede observarse con la sola lectura del pacto inserto en ambas escrituras, ya que no existen diferencias básicas entre uno y otro texto; que las demás Resoluciones que cita el recurrente se refieren a casos completamente diferentes del que nos ocupa; que la escritura controvertida contiene una compra-



venta en la que el precio se asegura con una condición resolutoria explícita que se especifica con la adición de una cancelación automática, inadmisibles según el artículo 355 del Reglamento; que la cancelación automática anula el margen de apreciación que tiene el Registrador para juzgar el asiento que se le pide y que se pretende firme sin su juicio, pero con su responsabilidad, atentándose así contra la autonomía de la calificación registral; que los procedimientos de cancelación automática, como excepcionales, sólo pueden ser establecidos por las leyes y son de rigurosa y estricta interpretación; que el procedimiento para hacer constar el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, contenido en el artículo 23 de la Ley y 56 y 177 del Reglamento, es aplicable a la condición resolutoria explícita, como lo demuestra una práctica tan universal como incontrovertida y como acertadamente lo reconoce la Resolución de 11 de diciembre de 1974; que es principio fundamental reconocido por la Ley, la doctrina y la jurisprudencia que las normas procesales son de orden público y no pueden mudarse por conveniencia de las partes; que la citada Resolución deja bien claro que el artículo 355 del Reglamento es de carácter excepcional y sólo aplicable a los supuestos concretos a que se refiere, sin que sea susceptible de que por una interpretación extensiva pueda ampliarse su campo de aplicación; que el pacto contenido en el párrafo cuya inscripción se deniega puede quebrantar el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, puesto que pretende que en su día se registre la extinción de la facultad resolutoria, hecho sujeto al impuesto, sin el pago del impuesto y sin la calificación al menos de una oficina liquidadora; también podría considerársele como acto contra ley, resultando su nulidad en el orden sustantivo del número 3 del artículo 6.º del nuevo título preliminar del Código civil; que la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial y la vigente de bases obligan a los Jueces a abstenerse de aplicar las disposiciones inferiores que contradigan normas de rango superior, lo cual también obliga en el orden administrativo a través de la Ley General de Procedimiento.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en el particular a que ha quedado reducida, por razones análogas a las expuestas por este funcionario y teniendo en cuenta además que la Resolución de 11 de diciembre de 1974 —dictada en confirmación del auto de la misma Presidencia de 17 de septiembre de 1974— declaró que no podía tener acceso al Registro una cláusula similar a la de autos, no resultando convincente la argumentación del recurrente tendente a demostrar que existe diferencia entre el supuesto a que se refieren dicha Resolución y auto y el supuesto de que ahora se trata.

Apelado el Auto presidencial por el Notario recurrente, señor Blaque, la Dirección General acuerda revocar el Auto apelado y la nota del Registrador en base a la doctrina siguiente.

*Doctrina.*—«En este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible la cláusula contenida en una escritura de compraventa y en la que se previene la posibilidad de cancelación de un asiento una vez que el derecho a que se refiere se encuentre extinguido o caducado, por haber vencido su plazo de vigencia y haber prestado su consentimiento anticipadamente la persona favorecida por la inscripción registral.»

«La cláusula discutida pretende solucionar uno de los aspectos de más trascendencia para el comprador que ha terminado de pagar el precio que se había aplazado en el momento de la adquisición del inmueble, y trata de lograr que el contenido del Registro que publica esta circunstancia del aplazamiento de pago con la amenaza de resolución de su compra, se adecúe a la realidad extra-registral de haber sido satisfecho íntegramente, sin que el acreedor por causa que puede ser muy variada haya podido otorgar la correspondiente carta de pago, que sería el medio más idóneo para obtener esta finalidad y sin que por otra parte tenga que acudir a utilizar otros procedimientos largos y costosos, como sería el juicio ordinario correspondiente, o esperar a que se entienda prescrita la carga en el caso del procedimiento de liberación de gravámenes del artículo 209 de la Ley Hipotecaria.»

«La importancia de esta cuestión, por el número de compradores a los que afecta y su intento de resolverla, dado que en la mayor parte de las adquisiciones, sobre todo de pisos, no se satisface el precio de una sola vez, resalta uno de los aspectos de la función notarial, que no sólo da autenticidad al documento redactado, sino que además, en su misión asesora y materializadora de la voluntad de las partes, el Notario intenta construir y dar solución jurídica a las dificultades y problemas que la realidad de la vida ordinaria ofrece con la protección de todos los intereses en juego.»

«La validez de los pactos contenidos en los párrafos 4.º y 5.º de la cláusula tercera de la escritura, que se pretende fundamentar en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.235 del Código civil, aparece reafirmada por el propio funcionario calificador al rectificar en su informe la nota discutida en el sentido de entender inscribibles los mencionados pactos que establecen que la facultad resolutoria ejercitable por el vendedor tenga una duración temporal limitada, así como la expresa prestación de consentimiento anticipado por dicho vendedor para la cancelación del asiento de inscripción una vez cumplido el supuesto a que la cláusula se refiere, por lo que en definitiva el recurso queda reducido únicamente al examen del número 6.º de dicha cláusula 3.ª relativo a la forma de practicarse esta cancelación.»

«Inscrita la cláusula que contiene esta limitación temporal de la facultad resolutoria, una vez que ha transcurrido su plazo de duración, es la misma publicidad registral la que indica que está extinguido el derecho inscrito, ya que el propio asiento —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— manifiesta que no existe, produciéndose una inexactitud que de acuerdo con el artículo 40, 1, b) de dicha Ley habrá de rectificarse conforme a lo dispuesto en el título IV.»

«Dentro de este título IV, el artículo 79-2.º de la Ley es el que regula la práctica del asiento de cancelación en los casos en que se extingue por completo el derecho inscrito, y el artículo 82 es el que prevé la forma en que se ha de proceder para ello, a saber, bien mediante la prestación del consentimiento para la cancelación por la persona adecuada o, en su defecto, por sentencia judicial firme, que es la regla general, o bien sin necesidad de estos requisitos cuando quede el derecho extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó

la inscripción, que es lo que sucede en el caso que se examina, y al sentar esta matización este párrafo 2.º del artículo 82 no ha hecho otra cosa que obviar la aparente rigidez del primer párrafo del mismo artículo que, como apuntaba la Resolución de 30 de junio de 1933 para la legalidad entonces vigente, podía hacer pensar que al consentimiento de los interesados se le diera más valor que a los preceptos de la Ley misma hasta el punto de que cuando ésta declaraba fenecidos los derechos se exigiera también aquel consentimiento.»

«La cláusula discutida trata de evitar que una certificación comprenda como contenido registral vigente una facultad que, según los propios asientos del Registro, está extinguida —y en esto se diferencia del supuesto que motivó la Resolución de 11 de diciembre de 1974 que versaba sobre cancelación automática por caducidad del asiento— y al deberse cancelar con arreglo a lo dispuesto en los artículos 79-2.º y 82-2.º de la Ley Hipotecaria, procede la aplicación del artículo 355 del Reglamento para su ejecución, a no ser que exista algún obstáculo que lo impida.»

«No supone ninguna merma de la autonomía de la calificación registral el hecho de que la misma escritura cumpla a la vez como título de la inscripción y en su día de la cancelación, pues en el momento en que se solicite o haya de extenderse este segundo asiento cancelatorio el funcionario calificador habrá de tener en cuenta las exigencias derivadas del principio de legalidad antes de proceder a la extensión del asiento, así como, en su caso, el cumplimiento de las obligaciones fiscales a que se refiere el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.»

## CONSIDERACIONES CRITICAS

Al filo de mi comentario en estas páginas (A. D. C., tomo XXX, fascículo II, 1977, pág. 413) de la Resolución de 11 de diciembre de 1974 —argumento crucial discutido en este recurso— decía que no era extraño que la práctica notarial —sin la necesaria unidad de estilo en este caso— utilice una serie de cláusulas con la finalidad de remediar males mayores o menores, pero que encuentran ciertas resistencias en su admisión al chocar con principios superiores. Y aquí, en el caso que plantea la resolución, estamos en un «ensayo» de cláusulas que, según la Dirección General, pueden tener cabida en los libros registrales.

Verdaderamente que la proliferación de ventas de pisos con el precio aplazado, representado por letras de cambio y garantizado con la condición resolutoria del impago a favor del vendedor ofrece un singular campo de problemas, algunos de los cuales apunté en un pequeño trabajo mío («Precio aplazado, letras de cambio y condición resolutoria», Boletín del Colegio Nacional de Registradores número 114, junio 1976, pág. 313), claro que allí citaba bibliografía importante, como los trabajos de Rodríguez Adrados («Algunos aspectos de la lex comisoría», Rev. Cr. Dr. Inmb. 1968, pág. 49); Irurzun Goicoa (D.) («La cláusula resolutoria y el pacto comisorio». Estudios de Derecho Privado, tomo II, 1965); Ruiz Martínez (F.) («Precio aplazado. Artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento». Rev. Cr. Dr. Inmb. 1948, pág. 601); Cánovas Coutiño (G.) («Comentario a la Resolu-

ción de 3 de junio de 1961», en Rev. Cr. Dr. Inmb. 1961, pág. 1150), etc., de los cuales se desprendían esos problemas y se ofrecían algunas soluciones. Quizá la más acuciante de las soluciones era y sigue siendo la justificación del incumplimiento de la condición resolutoria y su forma de hacerlo constar registralmente y recuerdo perfectamente que ya allí distinguía entre el hecho de acreditar el pago del precio y la extinción de la condición resolutoria. No adelantemos acontecimientos y vayamos por partes.

La cuestión central que plantea el recurso es saber si es o no inscribible una cláusula en la que se estipula una posible cancelación de un asiento una vez que el derecho a que el mismo asiento se refiere se encuentre extinguido o caducado, por haber vencido su plazo de vigencia y haberse prestado consentimiento anticipado para ello, aprovechando el mecanismo facilitador del artículo 355 del Reglamento Hipotecario que arbitra un medio de cancelar al hilo de la petición de una certificación o práctica de algún asiento, calificándose por algunos de cancelación automática y por otros de cancelación de oficio. En medio de toda esta temática aparece la Resolución de 11 de diciembre de 1974 que para el Notario recurrente y para la Dirección General nada tiene que ver con este supuesto y que para el Registrador y el Presidente de la Audiencia es argumento decisorio en favor de sus tesis.

Creo que, por todo ello, la manera de exponer este comentario será ofrecer un panorama comparativo entre aquella Resolución de 1974 y esta de ahora y luego entrar en los puntos claves de la calificación.

a) *Diferencias entre la Resolución de 11 de diciembre de 1974 y ésta.*

Recordemos que la Resolución citada partía de una cláusula cuyos términos eran aproximadamente éstos (digo aproximadamente, pues los tomo de los «hechos» del primer resultando): que las partes establecen y el vendedor especialmente consiente, que la condición resolutoria que respecto a la finca se pacta, quede extinguida por el transcurso de treinta y cinco meses, a contar de la fecha de la escritura, si antes no se hubiese ejercitado el derecho a la resolución, prestando expresamente el vendedor su consentimiento formal, desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria, practicándose de forma automática, transcurrido el plazo convenido de treinta y cinco meses, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes.

Todos podemos volver a recordar la doctrina de la Dirección en este supuesto: el innovador artículo 355 del Reglamento Hipotecario no puede ampliarse «a casos no comprendidos, como sucede con el examinado en este recurso, en que la caducidad del derecho que en su día se pretende sea cancelado, tiene lugar por voluntad de las partes y no con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, tal como establece el mencionado precepto legal». Igualmente niega la posibilidad de la inscripción de la cláusula al «amparo de una anticipada petición de cancelación» que tiene sus cauces por lo ordenado en los arts. 23 de la Ley y 56 y 177 de su Reglamento. Por último, citaba como impedimento legal la falta de liquidación del impuesto.

El Notario dice en su informe que la Resolución dicha nada tiene que ver con la presente, pues se refiere a un supuesto que, aunque próximo al que nos ocupa, es distinto, pues dicha Resolución trata de cancelación automática «de condición resolutoria» y en el recurso actual nos referimos a la cancelación del «asiento de un derecho sustantivamente extinguido o caducado». La Dirección dice que la Resolución versaba sobre cancelación automática «por caducidad del asiento», mientras que la actual trata de evitar que una certificación contenga «una facultad que, según los propios asientos del Registro, será extinguida» y al deberse cancelar con arreglo a lo dispuesto en los artículos 79, 2.º y 82, 2.º de la L. H. procede la aplicación del artículo 355 del R. H.

Debo ser millonario en horas de estudio del Derecho Hipotecario, pero tengo que confesar a estas alturas mi perplejidad ante tamaña afirmación que permite tan sutil distinción, pues tal y como leo en los antecedentes de hecho —que tomo de su publicación en una Revista y que igual difieren de lo publicado en el «Boletín Oficial» o en la literalidad de la cláusula— que el apartado 5.º de la estipulación cuestionada habla de que «la condición resolutoria que respecto de la finca se trata, quede extinguida» por el transcurso del plazo; igualmente el apartado 5.º habla de prestación de consentimiento anticipado para la «cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria» y, por último, el apartado 6.º se habla de «extinción de la facultad resolutoria por transcurso del plazo convenido». ¿Dónde está la diferencia? Evitemos interjecciones, más propias del Parlamento, y saquemos la conclusión de que los supuestos son idénticos y lo que varía es el criterio decisorio. ¿Está en lo cierto la Dirección o lo estaba antes? El tema está en qué puede haber detrás de todo el gran problema de las ventas con precio aplazado representado por letras de cambio y con condición resolutoria un lastre que tropieza con las exigencias de la vida moderna y que exige solución, pero a la hora de darla busquemos otros caminos, que los hay, para así evitar esta penosa situación ridícula de distinguir entre la extinción del derecho que provoca la cancelación del asiento que lo sostiene y la caducidad de un asiento por caducidad del derecho. Es excesivo y poco convincente.

Por todo ello estoy plenamente de acuerdo con el Registrador al entender que los supuestos eran idénticos entre la Resolución de 1974 y la presente. Discrepo únicamente en algunos puntos de su nota y en algunos argumentos de su defensa, pero sustancialmente hago míos todos ellos. Igualmente me adhiero a la solución que al caso da el Presidente de la Audiencia, donde se dice que no resulta convincentes los argumentos dados por el recurrente para demostrar la diferencia entre el supuesto a que se refiere aquella Resolución y el supuesto que ahora se trata.

Y puestos a suspender o denegar, yo hubiera denegado desde el apartado 3.º de la estipulación tercera de la escritura, donde se establece una penalidad leonina de la que ya se ha hecho eco la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que superando el requisito de la «voluntad deliberadamente rebelde» (aplicando el artículo 1.504 del C. c., la doctrina del 1.124 del mismo cuerpo legal), se ha llegado a la pretensión de moderar las consecuencias de las cláusulas abusivas o leoninas, aunque el tema está resuelto a través

de un claro precepto de nuestro Código civil, donde se dice que cuando dichas cláusulas tengan la consideración de penales «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida» (artículo 1.154 C. c.).

b) *Razones de la calificación.*

Todas las buenas razones que la calificación podía tener se precipitan en una especie de abismo al que lleva la admisión por parte del Registrador de la inscripción de los apartados 4.º y 5.º de la cláusula tercera. Ahí había, a mi humilde entender, unas cargas explosivas grandes que pactadas al amparo de la libertad de pacto (artículo 1.255 del Código civil) podían vincular a las partes, pero al ser admitidas registralmente producían un efecto frente a tercero. Tanto el caso de que el vendedor no sea el mismo por haber enajenado (¿es posible?) su derecho resolutorio, como el supuesto del endoso de las letras de cambio e incluso la existencia de distinto comprador, deberían haber pesado sobre el funcionario calificador para rechazar estas cargas que tenían su detonación en el último de los apartados de la cláusula. Si admitimos aquello debemos admitir su consecuencia. Aparte de que, como veremos, sea dudoso que la recogida en acta notarial del hecho de estar en poder del comprador todas las letras sea o pueda ser una causa de extinción de la condición, pues a nuestro entender no pasa de ser más que el hecho justificativo del pago, exigiéndose, en base del artículo 82 de la L. H., el consentimiento para entender extinguida la condición resolutoria. Dar a este hecho la misma trascendencia que al transcurso del plazo por el cual se entiende extinguida la condición me parece peligroso. La Dirección General elude la posible problemática de la cuestión, ya que al ceder el Registrador a la pretensión notarial parte de que uno y otro habrán sentenciado con sus decisiones la validez de estos aspectos de la cláusula.

Otro tema importante que merecería un comentario más amplio en estas notas es la «prestación de un consentimiento formal» (cosa que la Dirección ha negado hace muy poco que fuera necesario) anticipado para la posible cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la «condición resolutoria», no del asiento que la contiene (según los términos de la cláusula). Yo en esto me remito a la propia doctrina de la Dirección que en la Resolución de 1974 opinaba que «tampoco parece tener acceso al Registro la cláusula discutida al amparo de una anticipada petición de cancelación, pues aparte de que ello supondría una extraña anomalía respecto a la forma en que aparece regulado el principio de rogación en las disposiciones legales, si se examina la esencia del pacto escriturado, al consumarse la adquisición del derecho por el cumplimiento de la condición son los artículos 23 de la Ley y 56 y 177 de su Reglamento, los que establecen el procedimiento y forma de hacer constar en el Registro esta circunstancia, y por cierto de manera diversa a la señalada en el pacto». Claro que yo no sé si la Dirección ahora —pues en esto se inhibe— piensa igual o por la sugerencia notarial de que una cosa es la cancelación del asiento y otra la del derecho puede distinguir si el consentimiento prestado lo es para

la condición resolutoria o para el asiento que la protege. La cláusula en su primaria concepción se refiere al consentimiento de cancelación de la inscripción de dicha condición resolutoria. Es decir, que se consiente en la cancelación de la «inscripción» (o asiento), pero no en la del derecho de resolución. Hago esta distinción partiendo de la base de la que Notario y Dirección hacen, ya que uno y otro me obligan a ello. ¿Este consentimiento anticipado e inscrito vincula a un posible adquirente del derecho a resolver?

Otro punto que aflora inevitablemente en esos apartados que luego el Registrador consiente en inscribir es el del plazo de caducidad de la «lex comisoria». Transcurrido un término establecido, la facultad resolutoria queda extinguida. ¿Es esto posible? La práctica puede aconsejar esta solución, pero la teoría puede tener ciertos matices que impidan esa práctica. La facultad resolutoria se inicia cuando se produce el hecho que da lugar a ella, en este caso el impago de alguna de las letras que representaban los plazos del precio fraccionado y aplazado. Esta facultad o derecho puede o no prolongarse en el tiempo, aplicándose a ella los términos de prescripción o permitir el pacto que limite en el tiempo su ejercicio. Este es el gran tema planteado por la cláusula discutida, pero que, sin embargo, aceptó el Registrador. Tirso Carretero (Comentario a esta misma Resolución en Rev. Cr. Dr. Inmob., enero-febrero 1981, número 542, pág. 133 y ss.) aborda en su comentario este punto y entiende con singular acierto que someter a término final la facultad resolutoria, independizándola del pago o impago del precio, introduce la problemática del negocio abstracto en uno de sus elementos accidentales y al desconectar aquella de su causa (garantizar el pago del precio), cortando la relación entre la resolución y el impago ocasiona una cláusula contradictoria y una condición ambigua. A juicio de este autor, el plazo de caducidad de la facultad resolutoria no afecta a las relaciones «inter partes» y no impide el ejercicio de la acción resolutoria del 1.124 del C. c., teniendo únicamente por finalidad someter a plazo única y exclusivamente los efectos «erga omnes», contra tercero concedidos a la facultad resolutoria por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, mediante la inscripción registral del pacto de «lex commissoria», y esto es lo que claramente debería pactarse y es lo que en la redacción de la cláusula no aflora.

Hay otro problema menos importante desde el punto de vista hipotecario, ya que es ajeno a la calificación. Me estoy refiriendo al problema fiscal al que alude el Registrador en su nota y que, como todos sabemos, es un requisito previo que la ley impone para poder verificar la inscripción en base del artículo 254 y 255 de la L. H. Ya hemos dicho en otra ocasión que, conforme al artículo citado últimamente, antes de verificarse el pago del impuesto «se suspenderá la calificación» del documento, lo cual significa que este elemento no juega más que como elemento necesario para que ésta pueda desarrollarse y, en su consecuencia, inscribirse, suspenderse o denegarse el acto inscribible. Sin embargo, este problema está en cierta relación con la consecuencia final que plantea el apartado 6.º de la cláusula cuya denegación es la que motiva el recurso. Esto es, la cancelación automática o la actuación de oficio del Registrador. Que el pacto va en contra de

lo dispuesto en el artículo 254 de la L. H. no tiene duda si lo que se pretende es una cancelación automática o una actuación de oficio, aunque el Notario diga—mal dicho—que lo que se pretende es que la escritura calificada sea a la vez y mediante una sola presentación título del asiento de inscripción inicial y título de la cancelación final, que se extenderá una vez vencido el término y por el procedimiento previsto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, lo cual no impide la calificación fiscal. La contradicción es evidente: una de dos, o se exige la escritura (y previa una nueva liquidación) se inscribe o si se actúa conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario sobra cualquier presentación y subrepticamente se viola la norma del artículo 254 de la L. H. La Dirección General, en su último considerando, da un «pase de favor» al tema sin entrar en el mismo. Tirso Carretero, en el trabajo anteriormente citado, aporta los datos de la Ley de 5 de julio de 1980 dictada para venta de viviendas que se consideran exentas del Impuesto de Tráfico de Empresas y Transmisiones Patrimoniales y la Ley de 21 de julio de 1980 que no incluye la *extinción* de derechos reales como hecho imponible en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídico Documentados.

El último tema es el de la cancelación automática o de oficio por aplicación del artículo 355 del R. H. y en base del transcurso del plazo pactado para ello por los interesados. Al filo ya de ultimar estas notas se me ha encendido la luz roja de la advertencia o prohibición de que no pasase adelante sin tener en cuenta un comentario sustancioso que en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario hace Félix Rodríguez López («El pacto comisario temporal. Su cancelación por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario». Rv. Cr. Dr. Inmb., enero-febrero 1981, número 542, página 9) y en el cual veo con agrado que se exponen unas ideas coincidentes con las que aquí iba a exponer sobre la improdecencia de la aplicación del artículo 355 del Reglamento al caso cuestionado. Yo me iba a basar en la Resolución del año 1974, que interpretaba estrictamente la doctrina contenida en dicho artículo y que entiende que solamente debe ser aplicable a los casos que se refiere. Rodríguez López parte de dos ideas intocables: a) Cuando un derecho o situación inscrita quede extinguido, el artículo 97 de la Ley señala «que podrá pedirse y deberá ordenarse su cancelación», regulándose los procedimientos para ello. b) Extinguido un derecho procede, desde luego, su cancelación, pero no por el procedimiento que escojan los interesados, sino por el idóneo para ello. Una vez planteadas estas dos premisas el examen del artículo 355 del Reglamento permite rechazar de plano su aplicación al presente caso, ya que la norma reglamentaria se está refiriendo a derechos «que hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», no aludiendo para nada, y por ello ha de entenderse que no los comprende, a los que caduquen por la voluntad de los particulares que los engendraron a la vida jurídica.

De todo ello—y de una serie de argumentos y datos que ofrece dicho autor—deduce que el pacto por el que los interesados acuerdan que la referida cancelación sea practicada en la forma señalada en el párrafo 1.º del artículo 355 del Reglamento es nulo y debe denegarse por atentar contra lo contenido en los artículos 3 (documentación), 6 y 79 (rogación: «podrá



pedirse»), 99 (calificación en cancelaciones), 254 (vigilancia fiscal), todos de la Ley Hipotecaria y el 97, 1.º del Reglamento (plazo para calificar), así como la Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de diciembre de 1974.

Poco o nada más cabe añadir a todo este cúmulo de argumentos que hacen inviable la redacción de la cláusula en todos sus apartados, pero sobre todo en los tres, cuatro, cinco y seis. Quiero pensar en que han sido razones prácticas las que han movido al Notario autorizante de la escritura a redactar y sostener su cláusula que ha convencido a la Dirección General para inclinar a su favor la balanza, pero creo que aún está por perfilarse esa cláusula que no roce e infrinja la legalidad vigente. Es cierto que el Registro—como dijo Vallet de Goytisolo—no debe ser freno a la fecunda creación notarial de fórmulas, pero tampoco debe ser un «coladero» donde entre una mercancía llena de defectos y que no tiene un precepto legal en que apoyarse a la luz de una interpretación jurídica. Aclaro, por último, que cuando leo las Resoluciones para su comentario las personas que me las transcriben tienen la orden de borrar o no incluir los nombres de los Notarios y Registradores autorizantes y calificantes de los problemas que se cuestionan para así mantener una plena objetividad. Las simpatías y las inclinaciones favorables o desfavorables deben quedar fuera del campo de la crítica, pues pensando en la persona se oscurece el derecho y hay que partir de la base de que aquí el conocimiento del derecho se presume como el valor en los militares.

## DERECHO MERCANTIL

**No puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento de liquidador sin que previamente conste inscrito el acuerdo de disolución de la sociedad.** (Resoluciones de 16 y 18 de diciembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 30 de enero de 1979.)

*Hechos.*—Resultando que, por escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Manuel Sainz López-Negrete, el 2 de febrero de 1977, don José Jaime Núñez Meléndez, en nombre y representación de la Sociedad «Inmobiliaria Salanova, S. A.», en liquidación, confirió poder especial y sin limitación de tiempo al recurrente para que ejercitare todas y cada una de las facultades que como liquidador se le habían atribuido en la Junta general extraordinaria celebrada el 30 de diciembre de 1976, que eran las previstas en los artículos 153, 158, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170 y demás concordantes, de la Ley de Sociedades Anónimas, y cuantas por demás precise para llevar a feliz término las operaciones liquidatorias que se le encomendaron; que en la escritura dice que dicha Sociedad fue disuelta por otra escritura anterior autorizada por el mismo Notario el 27 de enero de 1977.

Resultando que presentada en el Registro la referida escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro Mercantil,

conforme exige el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, la escritura de disolución que se expresa en el mismo. No procede tomar anotación preventiva por no haber sido solicitada».

Resultando que don Emilio Manrique Martín interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la inscripción del poder otorgado a su nombre no requiere la previa inscripción de la escritura de disolución, puesto que dicho poder no se encuentra comprendido entre los documentos enumerados taxativamente por el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, que precisan para su inscripción cumplir el principio de tracto sucesivo; que de no inscribirse el referido poder no se podrían llevar a cabo los actos necesarios para este período de liquidación, puesto que el citado artículo 4.º, en su párrafo 2.º, considera necesaria «La previa inscripción de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos»; que la escritura de poder que nos ocupa no contiene ninguna de las faltas o defectos que el artículo 44 del mismo Reglamento determina como contenido y alcance de la calificación registral; y que el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es inaplicable al caso, ya que en la propia escritura calificada se hace constar que el acuerdo ha sido tomado con todos los requisitos que exige dicho artículo.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que aunque de los términos empleados en la escritura calificada pudiera deducirse lo contrario, en el presente caso se trata no de un simple apoderamiento conferido al recurrente, sino de la elevación a instrumento público del acuerdo de su nombramiento como liquidador, para cuya inscripción en el Registro Mercantil se requiere la previa o simultánea inscripción de la disolución social de la que es consecuencia; que la nota calificadora no se basa en la infracción del principio de tracto sucesivo, lo que hace improcedente las alegaciones del recurrente referidas a los artículos 4 y 44 del Reglamento en cuanto al cumplimiento o no de tal principio; que la calificación se basa en la necesidad de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás concordantes; que dicho artículo exige para que el acuerdo de disolución social sea válido que conste en escritura pública y que sea inscrito en el Registro Mercantil, teniendo este último requisito carácter constitutivo, y así se ha considerado siempre en la práctica jurídica y registral en base a varias razones, como la de que, según la expresión «para llevar a cabo» que emplea dicho precepto, ha de entenderse que mientras no concurren todos los requisitos que exige no quedarán jurídicamente ultimados ni completados ninguno de los actos a que se refiere, y de faltar cualquiera de los requisitos el acto sería nulo, como se deduce de la expresión «bajo pena de nulidad», que afecta sin excepción a todos los requisitos; que, por otra parte, al poner el apartado 2.º del repetido precepto a continuación del requisito de «quórum» para el acuerdo, que «en todo caso» éste «constará» en escritura pública que se «inscribirá» en el Registro Mercantil, es porque en ningún supuesto sería válido con su simple constancia en el acta de la Junta y sin inscribir; que esta obligación de inscripción del acuerdo de disolución social se confirma por

to dispuesto en el artículo 83 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en la hoja abierta a cada Sociedad se inscriban obligatoriamente, entre otros actos, la disolución y liquidación de la Sociedad, con lo que se trata de proteger a los acreedores y terceros interesados; que en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil se determina que en la escritura de disolución de las Sociedades Anónimas se contenga el nombramiento de liquidadores, lo cual implica el deseo del legislador de que se inscriban ambos actos al mismo tiempo y no el último antes que el primero; que el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el período de liquidación no se abre mientras la Sociedad no se disuelva, lo que exige su inscripción en el Registro Mercantil.

*Doctrina.*—«Considerando que acordada la disolución de una Sociedad y designado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley, el liquidador correspondiente, la cuestión que plantea este recurso versa sobre si puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento del mencionado liquidador sin necesidad de que conste inscrito el acuerdo de disolución de la referida Sociedad.»

«Considerando que el período de liquidación no se abre, según resulta del artículo 155 de la Ley, hasta que la Sociedad se encuentre en fase de disolución, por lo que resulta evidente que será condición habilitante para la actuación del liquidador designado que la disolución de la Sociedad haya reunido los requisitos establecidos en las disposiciones legales, lo que supone una previa calificación por parte del Registrador Mercantil del acto principal —disolución— con su correspondiente inscripción, para que simultáneamente o con posterioridad pueda examinarse y proceder a inscribir el nombramiento del liquidador.»

«Considerando que de no hacerse así, y admitirse una inscripción previa del nombramiento de liquidador, a la escritura que contenga el acuerdo de disolución, podría resultar que si esta escritura adoleciera de algún defecto que impidiera su acceso al Registro, se produjese el contrasentido de una publicidad registral que por ser inexacta o incompleta pudiera confundir a interesados y terceros, que, confiados en los asientos registrales, presumieran que la disolución de la Sociedad habría ya tenido lugar correctamente y con el cumplimiento de todos los requisitos legales.»

«Considerando que no se trata de un supuesto de aplicación de los contados casos que en materia de tracto sucesivo recoge el Reglamento del Registro Mercantil, principalmente en su artículo 4, sino que es —como ya se ha indicado— una consecuencia natural derivada del carácter obligatorio de la inscripción en el Registro de la disolución de una Sociedad —artículo 86 del mismo Reglamento—, que exige conste inscrito o se inscriba a la vez esta disolución, para que pueda a su vez inscribirse la que es una de las consecuencias de este acuerdo, como es el nombramiento de liquidador.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.»

*Hechos.*—Resultando que, por escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Manuel Sainz López-Negrete, el 2 de febrero de 1977, don José Jaime Núñez Meléndez, en nombre y representación de la Sociedad «Inmobiliaria San Trifón, S. A.», en liquidación, confirió poder especial y sin

limitación de tiempo al recurrente para que ejercitase todas y cada una de las facultades que como liquidador se le habían atribuido en la Junta general extraordinaria celebrada el 30 de diciembre de 1976, que eran las previstas en los artículos 153, 158, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168 y 170 y demás concordantes, de la Ley de Sociedades Anónimas, y cuantas por demás precise para llevar a feliz término las operaciones liquidatorias que se le encomendaron; que en la escritura se dice que dicha Sociedad fue disuelta por otra escritura anterior autorizada por el mismo Notario el 27 de enero de 1977.

Resultando que presentada en el Registro la referida escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro Mercantil, conforme exige el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, la escritura de disolución que se expresa en el mismo. No procede tomar anotación preventiva por no haber sido solicitada.»

Resultando que don Emilio Manrique Martín interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la inscripción del poder otorgado a su nombre no requiere la previa inscripción de la escritura de disolución, puesto que dicho poder no se encuentra comprendido entre los documentos enumerados taxativamente por el artículo 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, que precisan para su inscripción cumplir el principio de tracto sucesivo; que de no inscribirse el referido poder no se podrían llevar a cabo los actos necesarios para este período de liquidación, puesto que el citado artículo 4.º, en su párrafo 2.º, considera necesaria «la previa inscripción de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos»; que la escritura de poder que nos ocupa no contiene ninguna de las faltas o defectos que el artículo 44 del mismo Reglamento determina como contenido y alcance de la calificación registral; y que el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es inaplicable al caso, ya que en la propia escritura calificada se hace constar que el acuerdo ha sido tomado con todos los requisitos que exige dicho artículo.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que aunque los términos empleados en la escritura calificada pudiera deducirse lo contrario, en el presente caso se trata no de un simple apoderamiento conferido al recurrente, sino de la elevación a instrumento público del acuerdo de su nombramiento como liquidador, para cuya inscripción en el Registro Mercantil se requiere la previa o simultánea inscripción de la disolución social de la que es consecuencia; que la nota calificadora no se basa en la infracción del principio de tracto sucesivo, lo que hace improcedente las alegaciones del recurrente referidas a los artículos 4 y 44 del Reglamento en cuanto al cumplimiento o no de tal principio; que la calificación se basa en la necesidad de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás concordantes; que dicho artículo exige para que el acuerdo de disolución social sea válido, que conste en escritura pública y que sea inscrito en el Registro Mercantil, teniendo este último requisito carácter constitutivo, y así se ha considerado siempre en la práctica jurí-

dica y registral en base a varias razones, como la de que según la expresión «para llevar a cabo» que emplea dicho precepto, ha de entenderse que mientras no concurren todos los requisitos que exige no quedarán jurídicamente ultimados ni completos ninguno de los actos a que se refiere, y de faltar cualquiera de los requisitos el acto sería nulo, como se deduce de la expresión «bajo pena de nulidad», que afecta sin excepción a todos los requisitos; que por otra parte al poner el apartado 2.º del repetido precepto a continuación del requisito de «quórum» para el acuerdo, que «en todo caso» éste «constará» en escritura pública que se «inscribirá» en el Registro Mercantil, es porque en ningún supuesto sería válido con su simple constancia en el acta de la Junta y sin inscribir; que esta obligatoriedad de inscripción del acuerdo de disolución social se confirma por lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en la hoja abierta a cada Sociedad se inscriban obligatoriamente, entre otros actos, la disolución y liquidación de la Sociedad, con lo que se trata de proteger a los acreedores y terceros interesados; que en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil se determina que en la escritura de disolución de las Sociedades Anónimas se contenga el nombramiento de liquidadores, lo cual implica el deseo del legislador de que se inscriban ambos actos al mismo tiempo y no el último antes que el primero; que el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el período de liquidación no se abre mientras la Sociedad no se disuelva, lo que exige su inscripción en el Registro Mercantil.

*Doctrina.*—«Considerando que acordada la disolución de una Sociedad y designado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley, el liquidador correspondiente, la cuestión que plantea este recurso versa sobre si puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento del mencionado liquidador sin necesidad de que conste inscrito el acuerdo de disolución de la referida Sociedad.»

«Considerando que normalmente el período de liquidación no se abre, según resulta del artículo 155 de la Ley, hasta que la Sociedad se encuentre en fase de disolución, por lo que resulta evidente que será condición habilitante para la actuación del liquidador designado que la disolución de la Sociedad haya reunido los requisitos establecidos en las disposiciones legales, lo que supone una previa calificación por parte del Registrador Mercantil del acto principal —disolución— con su correspondiente inscripción, para que simultáneamente o con posterioridad pueda examinarse y proceder a inscribir el nombramiento de liquidador.»

«Considerando que de no hacerse así, y admitirse una inscripción previa del nombramiento de liquidador, a la escritura que contenga el acuerdo de disolución, podría resultar que si esta escritura adoleciera de algún defecto que impidiera su acceso al Registro se produjese el contrasentido de una publicidad registral que por ser inexacta o incompleta pudiera confundir a interesados y terceros, que, confiados en los asientos registrales, presumieran que la disolución de la Sociedad habría ya tenido lugar correctamente y con el cumplimiento de todos los requisitos legales.»

«Considerando que no se trata de un supuesto de aplicación de los contados casos que en materia de tracto sucesivo recoge el Reglamento del

Registro Mercantil, principalmente en su artículo 4, sino que es—como ya se ha indicado—una consecuencia natural derivada del carácter obligatorio de la inscripción en el Registro de la disolución de una Sociedad—artículo 86 del mismo Reglamento—, que exige conste inscrito o se inscriba a la vez esta disolución, para que pueda a su vez inscribirse la de una de las consecuencias de este acuerdo, como es el nombramiento de liquidador.»

«Esta Dirección ha acordado confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.»

### CONSIDERACIONES CRITICAS

En estas mismas páginas del ANUARIO DE DERECHO CIVIL y en el Tomo XXXIV, Fascículo 3.º, año 1981, pág. 859, hacía un comentario a la Resolución de 15 de diciembre de 1978, comentario que debe servir para estas otras dos Resoluciones de 16 y 18 de diciembre, que partiendo de los mismos hechos e idénticos protagonistas son solucionadas en la misma forma. De ahí que las razones de la publicación de estas Resoluciones sea debidas a la necesidad de que el lector pueda tener el texto íntegro de las mismas, aunque sean idénticas en todo. Debimos prever esto agrupando todas ellas, pero una serie de razones nos lo impidieron.

De todas formas, de una manera sintética, podríamos ofrecer la razón fundamental que impide la inscripción de un nombramiento de liquidador sin tener antes inscrita la escritura de disolución de sociedad. No se basa la decisión en que sea preciso observar el principio de tracto sucesivo, ni en el posible criterio—defendible o no—de la inscripción constitutiva de la extinción, sino en razones de una lógica jurídica aplastante que esgrime la Dirección con gran sentido.

La primera de ellas es que estando inscrito el nombramiento de liquidador, pero no la disolución de la sociedad, puede, en base de la publicidad registral, ofrecer a los terceros una falsa apariencia y un confusio-nismo, pudiendo presumir que la disolución de la Sociedad había tenido lugar. Es decir, se brinda al tercero la posibilidad de en base del efecto (nombramiento del liquidador) estime o presuponga la causa del mismo (la disolución de la sociedad) y ello es preciso evitarlo, pues el Registro no puede prestarse al pensar «conjuntural».

La segunda de ellas es que el hecho de admitir la inscripción del nombramiento de liquidador lleva consigo admitir una situación que luego por diversas razones puede no ser admitida. Es decir, admitir la inscripción del nombramiento del liquidador supone correr el riesgo de que en su día, cuando se presente la escritura de disolución, ésta no pueda inscribirse por un defecto subsanable o insubsanable descubierto a través del principio de calificación registral. ¿Qué pasará entonces con esa inscripción *anticipada* de un nombramiento de liquidador que no tiene por base un previo acto de disolución válido?

Creo que con esta breve orientación quedan comentadas estas dos resoluciones en todo semejantes a la ya citada del día 15 del mismo mes y año.