

COMENTARIO A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL
DE 29 Y 30 DE SEPTIEMBRE DE 1987

(*Advertencia previa:* Concluido el comentario a la Resolución de 29 de septiembre, y pendiente de mecanografiar, se me solicitó el comentario simultáneo de la del día siguiente, so pretexto de que ambas versaban sobre la opción de compra. Es verdad que el comentario ya realizado incluía su cita; ello unido a lo concreto del conflicto resuelto por esta última me ha movido a no tratarla por separado, sino a recogerla íntegramente donde antes simplemente la citaba y desarrollar algo más su tema específico. Queda así estrambótica, en su sentido más literal, en el cuerpo del comentario y se cumple con la técnica narrativa más moderna: el lector es el dueño del relato; aquel que opte por seguir puntualmente la evolución de la Dirección General sobre esta materia, la leerá en su encaje cronológico; aquel que opte por no desviarse, debe pasarla por alto y volver sobre ella justo al final del comentario, cuando en el apartado VI, 5, se hable del plazo de ejercicio de la opción de compra. Mientras otra cosa no se diga, las remisiones al supuesto y resolución que se comenta se refieren, pues, a la primera de ellas.)

LA OPCION DE COMPRA PACTADA CON FINES DE GARANTIA DE UN CREDITO CONSTITUYE UN PACTO COMISORIO PROHIBIDO EN NUESTRO DERECHO, AUN CUANDO EL CONCEDENTE APODERE IRREVOCABLEMENTE A UN TERCERO PARA QUE LO REPRESENTA EN SU DIA EN LA VENTA DE LA FINCA (RESOLUCIÓN DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1987. «BOE» DE 14 DE OCTUBRE).

Hechos.—I. El día 8 de septiembre de 1982, don Vicente Fas Casadevall y doña María Teresa Casadevall Campeny recibieron 6.500.000 pesetas de doña María Luisa Thomas Casajuana, en concepto de préstamo por un plazo de un año y al interés del 20 por 100 anual, instrumentado en documento privado que fue firmado por ambas partes, y haciendo constar que, en garantía de la devolución de dicha cantidad, los deudores concedían a la acreedora un derecho global de opción de compra sobre las fincas detalladas de su propiedad; que al cobro de la cantidad expresada, en el término de un año, la señora Thomas se obligaba a dejar sin efecto el derecho concedido y a suscribir los documentos necesarios para la cancelación de la inscripción de dicho derecho que se estableció en escritura pública, y que, contrariamente, si la acreedora no percibía en su día la cantidad adeudada por los señores Fas y Casadevall, éstos vendrían obligados a otorgar la escritura de compraventa de las fincas citadas por el precio pactado.

El mismo día se otorgó la mencionada escritura pública autorizada por el Notario de Tortosa don Antonio Fitera Gómez, en la que don Vicente Fas y doña María Teresa Casadevall concedieron a doña María Luisa Thomas, representada por doña Carmen Llauradó Martí, el derecho de opción de compra sobre los inmuebles anteriormente expresados. En dicho contrato de opción de compra se estipuló lo siguiente: a) Que el derecho podría ejercitarlo la señora Thomas durante el plazo de cuarenta

meses, a contar de la fecha de la escritura. *b)* Que el precio convenido por ambas partes era de 6.500.000 pesetas, entregándose en el acto a cuenta de la futura compra 1.300.000 pesetas y las restantes se entregarían en el acto de otorgarse la escritura de compraventa. *c)* Que doña María Luisa Thomas podría satisfacer, en todo o en parte, el precio de la adquisición por vía de compensación de los créditos que en el momento de ejecutar la opción de compra ostentare contra los concedentes de la misma. *d)* Que el contrato se pactaba con efectos a terceras personas y se inscribía en el Registro de la Propiedad. *e)* Que cuando se ejercitase el derecho de opción y tuviese que formalizarse la escritura de compraventa, se pondría en conocimiento de los concedentes en su domicilio con diez días de antelación al otorgamiento de la misma. *f)* Que los concedentes conferirían poder tan amplio y bastante como en Derecho se requiera y fuera menester, a favor de doña Carmen Llauradó Martí y don Martín Riera Coromina, para que pudieran indistintamente vender, en nombre y representación de los poderdantes, a doña María Luisa Thomas las fincas descritas en dicha escritura por el precio y condiciones de dicho contrato de opción y dar carta de pago y otorgar los documentos públicos y privados que fueran precisos a dichos fines, siendo dicho apoderamiento de carácter irrevocable, mientras subsista el aludido contrato contenido en la escritura, y que no podría formalizarse la compraventa hasta después de transcurrido un año de la fecha de otorgamiento.

Transcurrido el plazo de un año establecido para la devolución del préstamo, y ante la falta de pago por parte de los deudores, la señora Thomas y la apoderada expresa para otorgar la compraventa, doña Carmen Llauradó Martí, otorgaron escritura de compraventa de las fincas mencionadas en instrumento de fecha 7 de enero de 1986, autorizado por el Notario de Barcelona don Lorenzo Valverde Galán, declarando la representante de la vendedora haber recibido el precio con anterioridad al acto de otorgamiento por vía de compensación de créditos, que el día de la fecha ostentaba la compradora contra los vendedores.

II. Presentada la primera copia autorizada de la escritura anteriormente citada en el Registro de la Propiedad de Tortosa, el señor Registrador manifestó lo siguiente: «Tortosa, 26 de febrero de 1986, señora doña Carmen Llauradó Martí, calle Berlín, 34-36, 20, 2.º, 08014 Barcelona. Muy señora mía: Se encuentra presentada en este Registro, con el asiento número 2.763 del diario 253, la escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Lorenzo Valverde Galán, el día 7 de enero de 1986, número 27 de protocolo. Para su despacho es necesario: Nueva escritura en la que comparezcan los titulares registrales de las fincas don Vicente Fas Casadevall y doña María Teresa Casadevall Campeny, no siendo admisible el llamado 'poder irrevocable', que implica que el 'representante' obra en su propio interés y no constituye, por tanto, un supuesto de representación. Atentamente le saluda.—Firma ilegible».

A fin de comenzar la protección registral, ya que el plazo para hacer uso del ejercicio de opción de compra finalizó el día 8 de enero de 1986, doña María Luisa Thomas presentó en dicho Registro una instancia solicitando la anotación preventiva, extendiéndose en la escritura de referencia a la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que precede, y de la anotación preventiva de suspensión solicitada por doña María Luisa Thomas Casajuana, en instancia suscrita el 6 del actual, por cuanto el defecto, que en su día se notificó al representante, es insubsa-

nable. La nota ha sido extendida de conformidad con el presentante.—Tortosa, 7 de marzo de 1986.—El Registrador.—Firma ilegible».

III. El Procurador de los Tribunales don Jorge Rowe Boix, en representación de doña María Luisa Thomas Casajuana, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el señor Registrador de Tortosa, según el documento de notificación de denegación de inscripción, considera la existencia de un defecto insubsanable, por lo que deniega la inscripción del título y según las condiciones en que está estipulado el apoderamiento en la escritura de opción de compra, es lo que en Derecho científico distingue los conceptos jurídicos de «mandato» y «representación», y hace observar que las diferencias entre ambos ni siquiera se borran por completo en el mandato representativo, porque el mandato afecta a la relación material de carácter interno entre mandante y mandatario, y apoderamiento, concepto formal, trasciende a lo externo y tiene como efecto ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro del poder que se ha conferido, y aunque de ordinario los poderes van unidos a una relación jurídica de mandato, no es esencial esta coincidencia ni son idénticos los principios y normas a que ha de ajustarse; en este sentido, se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1935, 22 de mayo de 1942, 1 de diciembre de 1944 y 3 de marzo de 1951. Que en cuanto a la irrevocabilidad del apoderamiento se pronuncian las Sentencias de dicho Tribunal de 1942, antes citada, y 2 de noviembre de 1961. Que la presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad de Tortosa tuvo lugar el día 9 de enero de 1986, por lo que no han pasado todavía los sesenta días hábiles a que hace referencia el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. Que el asiento de presentación continúa produciendo sus efectos, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, y han de quedar también en suspenso todos los términos expresados en el artículo 66 de la misma Ley y en el artículo 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Que con arreglo al artículo 296 de la Ley Hipotecaria, el señor Registrador ha de responder de los daños y perjuicios ocasionados a la señora Thomas por no inscribir el título correspondiente al contrato de compraventa otorgado en ejercicio de la acción de opción de compra por estar comprendido en el supuesto del número 1 de dicho artículo, ya que su denegación significa ignorancia inexcusable de una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial sobre la irrevocabilidad de la representación, cuando forma parte y condición de un contrato.

IV. El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota alegó que conforme al artículo 429 del Reglamento Hipotecario, el día 26 de febrero de 1986 fue notificada por escrito al presentante la calificación desfavorable del documento presentado, inicialmente el día 9 de enero de dicho año, retirado para pago de impuestos y vuelto a presentar el día 12 de febrero; informada verbalmente de los motivos por los cuales la calificación del documento presentado debía ser denegatoria, la señora Thomas solicitó se tomase anotación preventiva; se le comunicó la imposibilidad de practicarla, ya que el defecto tenía carácter insubsanable, poniéndose a pie del título nota expresiva de dicha imposibilidad a solicitud de la citada señora, por lo que de conformidad con la misma no se hizo constar de manera expresa, sino por remisión, el defecto considerado. Que según la doctrina germánica los conceptos de mandato y representación se deben separar nítidamente; el mandato puede ser la base en que se sustente el

poder dado al mandatario, pero la fuente de la representación puede constituirla otra relación jurídica distinta del mandato (contrato de sociedad, relación laboral, etc.), y afirma esta doctrina que el mandato se refiere a las relaciones internas entre las partes contratantes, mientras que la representación se refiere a las relaciones externas del apoderado con los terceros y deriva de un negocio abstracto de apoderamiento. Sin embargo, la doctrina moderna reconoce la anterior distinción, pero ha puesto de relieve que no cabe desvincular la representación del contrato básico originante de la misma, sea cual sea éste. Así, en las relaciones entre poderdante y apoderado es evidente el carácter causal del apoderamiento y su absoluta vinculación a la relación subyacente, y en las relaciones con los terceros, la seguridad del tráfico jurídico impone que el apoderamiento surta sus efectos con independencia de aquellas vicisitudes, pero solamente si se trata de un tercero de buena fe, y en el caso que nos ocupa si hubiese terceros, para conservar la condición de terceros de buena fe, estarían obligados a investigar la relación subyacente, ya que el pacto de poder irrevocable absoluto debería ponerles sobre la pista de que no existe verdadera representación. Que el núcleo fundamental de la regulación positiva de la representación, aparte de algunas normas particulares dispersas en el ordenamiento jurídico, se encuentra en los artículos 1.709 y siguientes del Código Civil, dedicados al mandato, que regulan también las bases esenciales de la relación representativa, siendo nota esencial de la representación que el representante actúe en interés del representado, y la doctrina moderna señala que interés que gestione el representante no es irrelevante, sino que gestiona siempre en interés del representado, y esto no quiere decir que no pueda, a su vez, tener interés en llevar a cabo la gestión. De esto deriva una consecuencia necesaria, que, a su vez, se convierte en esencial, y es que el representado no pierde nunca la disposición y el control sobre su propio interés, sino que incluso puede en cualquier tiempo revocar el poder, según el artículo 1.733 del Código Civil, lo que es aplicable a la representación en general, no sólo cuando es consecuencia de la relación básica del mandato. Que la doctrina y la jurisprudencia viene admitiendo la validez de poderes irrevocables, justificados por la existencia de otros intereses distintos a los del poderdante. La configuración técnica de tales poderes es una cuestión controvertida y no resulta, pero atendiendo a sus efectos la irrevocabilidad del poder puede ser: a) Relativa. Se produce en aquellos casos en que el apoderado tiene algún interés en llevar a cabo la gestión representativa y el poderdante queda obligado a indemnizar en caso de ejercer su facultad de revocar. b) Absoluta. Se produce en aquellos casos en que existe un contrato-base o relación jurídica subyacente entre el poderdante y el apoderado o un tercero en el que se incardina como parte integrante del mismo la concesión del poder irrevocable. Ahora bien, la característica de estos supuestos es que el apoderado o tercero gestione un interés o derecho propio que ha adquirido en virtud de la relación subyacente que atribuye al apoderado o al tercero algún tipo de derecho real. Estos poderes son esencialmente irrevocables, sin que sea necesario pactarlo; pero lo que ocurre es que no hay representación. Estas afirmaciones son comúnmente admitidas por la doctrina y la jurisprudencia: Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1942, 1 de diciembre de 1944, 31 de enero de 1956, 2 de noviembre de 1961, 4 de mayo de 1973 y 21 de octubre de 1980, entre otras. Que en el ámbito del Derecho civil y en lo que afecta al

Registro de la Propiedad, las relaciones que integran poderes irrevocables absolutos persiguen alguna de las siguientes finalidades:

1.ª De garantía. Se produce cuando el deudor otorga un poder irrevocable a su acreedor, o a un tercero que actúa por cuenta de éste, para garantizarle que si vencida la obligación no fuese satisfecha la deuda, podría reintegrarse de la misma apropiándose de los bienes a que afecta el poder; normalmente, el contrato se completa con un pacto de opción de compra que impide que el deudor enajene o disponga de los bienes gravados.

2.ª De especulación, ahorro de impuesto o de fraude de Ley. Se produce cuando la relación subyacente constituye una transmisión de derecho a la que no se desea dar publicidad y, aparentemente, se otorga un amplísimo poder irrevocable al adquirente. El Tribunal Supremo se ha ocupado de alguno de dichos supuestos, con una técnica defectuosa, quizá obedeciendo a razones de justicia material, como, por ejemplo, la Sentencia de 21 de octubre de 1980.

3.ª De liquidación o ejecución. Se produce cuando, con base en un pacto subyacente, el deudor otorga un poder irrevocable a sus acreedores para que vendan sus bienes y se hagan pago de sus créditos, quedando liberado el deudor por el importe obtenido de la venta y teniendo derecho a la devolución del sobrante, en caso de existir. Se trata, por tanto, de la cesión para pago a que se refiere el artículo 1.175 del Código Civil. Sin embargo, tampoco hay que admitir la figura del poder irrevocable absoluto, que debería ser desterrada de la práctica jurídica, en realidad, la cesión de bienes para pago de deudas es un contrato relativamente atípico, de trascendencia real, en el sentido de que los efectos buscados serían los de privar al deudor del poder de disposición sobre sus bienes y atribuirlo a los acreedores, unido o no a una amplia facultad de administrar, para que lo utilicen en el plazo más corto posible con una finalidad concreta, y todo esto debe salir a luz sin engaños, ya que su régimen fiscal no es tan malo y puede obtenerse garantía registral encuadrando el supuesto en el previsto en el número 3 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, aunque, si se prefiere evitar gastos, cabría aplicar el párrafo cuarto del artículo 20 de dicha Ley. Que el caso objeto del recurso se trata de la utilización del mecanismo del poder irrevocable que encubre una finalidad de garantía real; así, pues:

a) La relación subyacente instrumentada en documento privado, la concesión de la opción de compra y el otorgamiento del poder irrevocable constituye un negocio complejo que debe ser considerado globalmente, según tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, Sentencia de 7 de julio de 1978.

b) Es un negocio civilmente anómalo: 1.º, porque crea un derecho real de garantía atípico y sin que exista causa suficiente que justifique su admisión; 2.º, porque es un negocio ilícito que conculca la norma del artículo 1.859 del Código Civil. Pero externamente este negocio complejo se presenta como una opción de compra y un poder irrevocable para ejecutar esa opción, y a la vista de esta apariencia se puede decir que civilmente hay: 1.º, un negocio simulado relativamente, y 2.º, un negocio fraudulento que pretende soslayar la aplicación del artículo antes citado. Que las diferencias entre la calificación civil de un acto o negocio jurídico

y la calificación registral del título relativo al mismo pueden derivar de los estrechos márgenes en que se mueve la calificación registral, en cuanto los medios que cuenta el Registrador para calificar, artículo 18 de la Ley Hipotecaria, pero no al ámbito de la calificación que es amplísimo, artículo 1.261, 3.º, del Código Civil y concordantes, y también puede derivar de la existencia de normas y principios específicos de Derecho hipotecario dirigidas a la protección del titular registral y de que la función registral es la de evitar que se produzcan controversias. Así, pues, partiendo de estas premisas se intenta demostrar que la calificación del título a que se refiere el presente recurso debe ser denegatorio por adolecer de un defecto insubsanable. Un examen atento del documento nos revela: 1.º, que no existe verdadera representación de los titulares registrales, que se deduce de su carácter irrevocable, como ya se ha expuesto, y así parece entenderlo el funcionario autorizante de la escritura, ya que omite hacer un juicio sobre la suficiencia y subsistencia del poder, cláusula habitual en las intervenciones por representante; 2.º, que tampoco estamos ante una verdadera opción de compra, sino ante un pacto integrante del negocio complejo de garantía real que antes hemos descrito; lo que se deduce de la simbiosis genética de este contrato con el otorgamiento del poder irrevocable y evidencia dicha afirmación la estipulación segunda de la escritura de constitución de la opción; 3.º, que el derecho o interés que destina el apoderado es la garantía real constituida a favor de la señora Thomas, y que si representa a alguien no es a los titulares registrales, sino a la propia señora Thomas, lo que es evidente por cuanto doña Carmen Llauradó Martí en la escritura de constitución de opción-concesión de poder irrevocable compareció como representante de la citada señora, y asimismo con tal carácter comunicó a los titulares registrales su intención de ejercitar la opción de compra, según consta en la propia escritura. Que la calificación denegatoria se basa en los siguientes argumentos: 1.º, el título presentado explica una causa falsa, ocultando una causa verdadera de garantía; nos encontramos ante un simulado relativamente o de un negocio fiduciario, que, conforme al artículo 1.276 del Código Civil, se trata de negocios nulos; 2.º, el título presentado a inscripción constituye, además, un fraude de ley, ya que a través del poder irrevocable se pretende soslayar el principio que se deduce del artículo 1.859 del Código Civil, y hay que señalar que la calificación denegatoria pretende proteger a los titulares registrales que tienen derecho a que sus bienes se ejecuten por un precio razonable y de forma que se asegure la devolución del sobrante. Que aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado exactamente del caso que nos ocupa, sí lo ha hecho del negocio fiduciario en la Sentencia de 8 de marzo de 1957 y la ha declarado nula *ab initio* la venta en garantía en la Sentencia de 14 de marzo de 1964, pudiéndose considerar la misma como la más pura jurídicamente. Que, además, la calificación debe ser denegatoria dada la existencia de una relación subyacente que atribuye un derecho real o un poder real: 1.º, porque se oculta al Registrador una transmisión real y se infringe el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y 2.º, porque no consta la aceptación del poder irrevocable como es requisito imprescindible de todo pacto bilateral. Que, finalmente, y aun olvidándose de la relación subyacente, se advierte que del hecho de que el llamado poder irrevocable no constituye representación de los titulares registrales, derivan unos obstáculos que impiden la inscripción de carácter estrictamente hipotecario, ya que dicho poder

supone que el poderdante pierde no sólo la facultad de revocar, sino también el total control de disposición sobre su derecho, ni exigir al apoderado cuentas de su actuación; esto significa que este caso puede considerarse como un supuesto similar al contrato de opción de compra en el que se pacta que el optante podrá unilateralmente otorgar la escritura de compra, que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ocupó en la Resolución de 7 de diciembre de 1978; así, pues, y dado que el poder irrevocable no constituye representación, es obvio que no es admisible una unilateral declaración del recibo del precio por compensación de créditos, sin que, además, se acredite siquiera la existencia y vigencia de tales deudas; no obstante, se discrepa parcialmente de la citada resolución, pues para que el ejercicio unilateral de la opción sea inscribible debe considerarse requisito necesario si no el consentimiento, sí, al menos, el asentimiento del titular registral; el supuesto es similar al cumplimiento de condición resolutoria establecida en garantía de precio aplazado en la compraventa, donde la Dirección General ha interpretado ampliamente el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario en la Resolución de 29 de diciembre de 1982. Así, pues, nos encontramos ante prevenciones hipotecarias que protegen al titular registral y que ponen de relieve que los supuestos de «cancelación automática» de las inscripciones sin ni siquiera asentimiento del titular registral basados en el artículo 82, 2.º, de la Ley Hipotecaria, prácticamente no existen en nuestro Derecho.

V. El Notario autorizante informó que la esencia del problema radica en la problemática de los conceptos de mandato y representación y su diferenciación, y así, el Tribunal Supremo hace dicha distinción en la Sentencia de 16 de febrero de 1935 y de 1 de diciembre de 1944. Que la doctrina ha admitido la conveniencia de estimar que en algunos casos puede quedar justificada la irrevocabilidad del mandato y del poder de representación, que su admisibilidad depende de que el pacto o cláusula tenga una «causa» o «razón» que los justifique, y como no tiene que ser conocida por los terceros, la práctica se inclina por mencionarla en el apoderamiento; la admisibilidad del poder está recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1942 y 2 de noviembre de 1961. Que en base de lo expuesto anteriormente, no se comparte el criterio adoptado por el señor Registrador de la Propiedad de Tortosa en su nota de calificación.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la nota del Registrador, fundándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1981; en la Resolución de la Dirección General de 2 de junio de 1914, en que por parte del Registrador no pueden agregarse al emitir el informe nuevos motivos que agraven la calificación (Resoluciones de la Dirección General de 29 de abril de 1959 y 11 de febrero de 1974); en que hay que partir de la validez y eficacia de los contratos mientras no se declare su nulidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1959, 24 de marzo de 1969 y 22 de marzo de 1983); en el artículo 1.276 del Código Civil, relacionado con el siguiente 1.277, y Sentencias de 8 de marzo de 1956 y 30 de diciembre de 1978, entre otras.

VII. El señor Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que se procedió de acuerdo con el artículo 429 del Reglamento Hipotecario, y dado que la nota informal de calificación fue presentada por la recurrente y unida al expediente, no se consideró

oportuno oponerse a la tramitación del recurso, entendiendo que en la citada nota se deducían suficientemente los motivos o razones jurídicas que impedían la inscripción; así, pues, el informe no pretende defectos distintos de los notificados, según el considerando tercero del auto apelado, sino que trata de poner de relieve las peligrosas consecuencias que automáticamente se derivan o pudieran derivarse de la admisión del poder irrevocable absoluto como poder de representación, facilitando de esta forma nuevos argumentos en contra de su admisión. Que es cierto que la simulación por sus características escapa normalmente al control de la calificación por razones de dificultad práctica y no de imposibilidad o restricción jurídica, que no existen (art. 18 de la Ley Hipotecaria, en relación con el art. 1.261 del Código Civil), pues la calificación puede alcanzar la simulación e incluso el fraude de Ley, así lo confirma la Resolución de 4 de noviembre de 1968. Que es cierto que los contratos deben ser considerados como válidos en tanto no se declare judicialmente su nulidad, y excede a la competencia del Registrador declarar la nulidad de un contrato; pero debe ser denegada la inscripción a aquellos contratos que aparentemente adolecen de un vicio invalidante, sin perjuicio de que los interesados puedan acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia. Que, por último, los artículos 1.276 y 1.277 del Código Civil regulan supuestos de hecho diferentes.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.255, 1.275, 1.859, 1.872 y 1.884 del Código Civil; 234 y 235 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 7 de diciembre de 1978, 7 de septiembre de 1982 y 10 de junio de 1986.

1. La nota del Registrador, contra la que se alza el recurso, adolece de graves defectos formales porque no contiene en sí las causas o motivos de la denegación, sino que se limita a expresar que «el defecto que en su día se notificó al presentante es insubsanable». Sería, pues, procedente, de acuerdo con las Resoluciones de 25 de febrero de 1953 y 11 de febrero de 1974, exigir al Registrador la extensión de la nota con expresión formal de los motivos, tal como exigen los artículos 429 y 434 del Reglamento Hipotecario y suponen las reglas que rigen el recurso gubernativo. Sin embargo, como todos los que han intervenido en las actuaciones (recurrente, Notario, Registrador, Presidente de la Audiencia) parten de que el defecto que en su día se notificó es el contenido en una carta que el Registrador dirigió a determinada persona, se prescinde, por razones de economía procesal, del defecto formal acusado.

2. El único defecto observado por el Registrador es que «falta que comparezcan los titulares registrales de las fincas, don Vicente Fas Casadevall y doña Teresa Casadevall Campeny, no siendo admisible el llamado poder irrevocable que implica que el representante obra en su propio interés y no constituye, por tanto, un supuesto de representación». Esta calificación predetermina el objeto del recurso, pues sólo pueden ser discutidas «las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador» (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario). Mas aún así no cabe duda de que el problema planteado es si cabe inscribir una escritura por la que un acreedor ejercita un derecho de opción, de la cual resulta que vencidas ciertas obligaciones, el acreedor las hace efectivas, adquiriendo en pago determinadas fincas sin consentimiento actual de los deudores y dueños, y si para expresar este consentimiento actual es válido y lícito el poder irrevocable que en su día,

cuando se constituyó el derecho de opción, otorgaron los dueños de las fincas.

3. En el presente caso, de la escritura misma resulta que, entre las posibilidades que tenía el optante según la escritura antecedente de constitución del derecho de opción, estaba la de adquirir las fincas en pago («por vía de compensación») «de los créditos que en el momento de ejercitar la opción ostente contra los concedentes de la misma»; y es esta posibilidad de que, en efecto, se ejercita en el presente caso, pues de la escritura resulta que el acreedor y optante, vencidos los créditos y no habiendo sido pagados, pasa, por el ejercicio del derecho convenido, a hacerse dueño de las fincas afectadas, las cuales son recibidas en pago de los citados créditos. Es decir, el derecho de opción ha sido utilizado, en este caso, en funciones de garantía, y con su ejercicio se ha pretendido que, sin procedimiento especial, los bienes pasen a la propiedad del acreedor a fin de que con ellos quede satisfecho el crédito. Esta función de garantía, que en el presente caso, como evidencia la escritura calificada, ha desempeñado el derecho de opción, no es negada por el propio escrito del recurso presentado en nombre del optante, pues en él se manifiesta que en el mismo día en que por escritura pública se constituyó el derecho de opción sobre determinadas fincas, los dueños de ellas recibieron, por documento privado, determinada cantidad en concepto de préstamo al 20 por 100 de interés, expresándose en dicho documento privado «que en garantía de la devolución del capital mutuado, los deudores concedían a los acreedores... un derecho global de compra sobre las fincas de su propiedad», de modo que el capital prestado y debido pasaría a ser el precio de tal compra.

4. No hay duda de que es ordinariamente posible prever en la escritura de constitución del derecho de opción que el ejercicio se lleve a cabo con la colaboración de un tercero al que en la escritura se le confieran al efecto, irrevocablemente, poderes del dueño del bien sobre el que el derecho de opción recae. Pero, en cambio, este apoderamiento no es posible cuando se utiliza el derecho de opción en funciones de garantía, porque a tal pacto se opone la prohibición del pacto comisorio, acogida con amplitud en nuestro Ordenamiento, tal como se razonó en la Resolución de 10 de junio de 1986. En efecto, esta prohibición no sólo impide al deudor conferir al acreedor la facultad, en caso de impago, de adjudicarse él mismo las cosas dadas en garantía, sino que también impide, obviamente, conferir esa misma facultad, de adjudicación al acreedor, a un tercero. De admitirse esta cláusula, sería una más de las que acostumbran a imponer los prestamistas en su propio interés. Implícitamente nuestro Ordenamiento confirma la prohibición en los términos consignados cuando con normas imperativas determina los señalados casos en que, cumplidas las cautelas y procedimientos establecidos, un tercero puede, en ejercicio de las facultades conferidas por el deudor y dueño, adjudicar al acreedor los bienes dados en garantía (cfr. arts. 234, 1.º, y 235, 10, del Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y confirmar la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 29 de septiembre de 1987.—El Director general, *Mariano Martín Rosado*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

(BOE, 14 de octubre)

COMENTARIO.—I. A nadie escapa la fundamental importancia que en toda resolución judicial tiene la relación de hechos ocurridos —materia, sin embargo, tradicionalmente descuidada—, no sólo para el cabal entendimiento de la decisión, sino por consecuencias jurídicas necesitadas de exquisita técnica, como la congruencia o la analogía.

La historia se complica aún más en el recurso gubernativo, en el que la «temporalidad» de los acontecimientos sufre también el peso de la prioridad registral. La disputa sobre la calificación del Registrador debe respetar fielmente su visión cronológica de los acontecimientos.

Esto viene a propósito del primer párrafo de la presente resolución, en el que se relaciona, sin ápice de duda sobre su entidad, la existencia de un documento privado, cuya aparición en el recurso es un velado misterio, pero que va a determinar irremediabilmente la decisión final.

El detalle con el que los hechos se entretienen en las entretelas del documento privado hace obvio que éste circuló por el recurso, aunque el recurrente, al menos en la transcripción del *Boletín Oficial del Estado*, no lo menciona y el Registrador una sola vez y muy de pasada, y viene a socavar el terreno al fundamento tercero de Derecho, que parece querer reconducirlo a una «manifestación» del escrito de recurso, de donde se habría tomado incluso un párrafo entrecomillado.

Hubiera sido preferible, y más estrictamente registral, que el recurso se hubiera movido en el campo de las apariencias y los presentimientos, que no en el de las interioridades y las evidencias, y conocer la opinión de la Dirección respecto de aquéllos. Probablemente, la Dirección no podía cerrar los ojos, pero su reconocimiento implícito del documento privado, aunque sea porque perjudica ostensiblemente a la parte que lo alega (artículo 1.228 del Código Civil), plantea graves problemas, en los que por la propia excepcionalidad del supuesto no voy a entrar. Así, el difícil equilibrio entre los artículos 117 del Reglamento Hipotecario, que prohíbe discutir en el recurso gubernativo los documentos no presentados en tiempo y forma a calificación, y 124 del Reglamento Hipotecario, que admite los documentos para mejor proveer solicitados por el Presidente de la Audiencia y la Dirección General cuya presentación en el Registro no fuera necesaria para la inscripción denegada o suspendida, o la posible calificación por el Registrador de documentos complementarios privados, válidos (artículos 1.279 y sigs. del Código Civil), de los requisitos que han de reunir éstos, y de la distinción a tales efectos entre partes y terceros con relación a la publicidad registral.

II. La Dirección General acusa graves defectos formales a la nota del Registrador contra la que se alza el recurso, eufemismo que alude a la inexistencia de «nota de calificación» (arts. 429, 2.º, y 434, 3.º, del Reglamento Hipotecario), pero que le permite utilizar como tal por razones de economía procesal, y en el fondo porque tiene ya su decisión tomada, la «calificación notificada» (art. 429, 1.º, del Reglamento Hipotecario).

En realidad sí existió una nota de calificación con expresión de sus motivos: es la denegación de la anotación preventiva de suspensión solicitada, que debía de haberse extendido en su título correspondiente —la instancia— y que por error se hizo en la escritura; ligerísima bola de nieve que deviene alud en una imparable carrera de desatinos, que es de dudar no se haya llevado por delante a la propia Dirección.

Revela el Registrador de la Propiedad un encomiable ardor juvenil de desfacedor de entuertos. Se palpa no sólo en la intensidad de su trabajo —el *Boletín Oficial del Estado* le dedica tanto papel como al resto de los intervinientes juntos, incluidos los hechos y los fundamentos de Derecho—, también en el exceso de celo registral —«la calificación denegatoria pretende proteger a los titulares registrales»—, y en una clara aversión hacia lo no transparente, lo no franco, lo que responda a razones no confesadas —«tampoco hay que admitir la figura del poder irrevocable absoluto, que debería ser desterrada de la práctica jurídica»—. La calificación se resiente de tan envidiable bagaje, pero el informe se hace más brillante a medida que se desprende de él.

III. Hago cuestión personal la inquina contra aquellos recurrentes que, a falta de mejores luces, esgrimen como argumento la amenaza de responsabilidad civil del Registrador de la Propiedad.

Aparte de esto, la apropiación de un párrafo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1942 (1), la cuenta de los días —mera cuestión de calendario— y la genial idea de sacar a la luz la relación subyacente de tan notable carga peyorativa.

IV. Parece claro que correspondía al Presidente de la Audiencia el evitar que el recurso llegara a la Dirección en los términos en que hubo de llegar.

El artículo 114 del Reglamento Hipotecario no impone la notificación automática al Registrador de la interposición del recurso, sino una vez «admitido»; el recurso gubernativo puede, pues, no ser admitido, ello será cuando no se cumplan los requisitos del artículo 113 del Reglamento Hipotecario, y en el presente caso era más que dudoso que el documento estuviera calificado.

No puede decirse lo mismo de la aportación del documento privado, no tanto porque su devolución para su calificación por el Registrador debió parecer contra natura, cuanto por su encaje formal dentro del contenido de «discusión» del recurso por el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, inmediato al auto que ha de resolverlo (art. 118 del Reglamento Hipotecario).

También podía pensarse que corresponde al Registrador alegar las «causas que impidan tramitar el recurso» (art. 119 del Reglamento Hipotecario). Pero, en cualquier caso, una vez que se ha transigido con cuantos principios formales adornan el recurso gubernativo, resulta un contrasentido pretender que el Registrador había agravado su inexistente nota. Así claramente lo entendió la Dirección General.

V. Por contraste, en el informe del Notario pesa el escepticismo. Un buen resumen de la página 307 del libro de Díez-PICAZO (2), que no explico

(1) Sospecho que tomado de Díez-PICAZO: *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, página 38. El mismo párrafo fue recogido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1978, citada por CÁMARA en *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1985, pág. 41.

(2) *Ob. cit.* Curioso lo de este libro. Tanto el recurrente como el Notario autorizante lo han utilizado claramente; también TORRES LANA: *Contrato y derecho de opción*, 2.ª ed., Madrid, 1987, página 269, lo cita en apoyo de su frase: «Hoy en día se admite sin dificultades la irrevocabilidad

la omisión que se le imputa del juicio de capacidad de los otorgantes (artículos 156, 8.º, y 167 del Reglamento Notarial ni siquiera por considerarlo innecesario (art. 145 del Reglamento Notarial).

VI. 1. En los dos primeros fundamentos de Derecho, el Centro Directivo viene a purificar su complejo de culpa por resolver un recurso tan formalmente inconsistente. Es de destacar el exquisito regate del fundamento segundo, cuando acoge paladinamente lo que de inmediato vulnera: «La calificación predetermina el objeto del recurso...». «Más aún, así no cabe duda de que...».

En el tercero de los fundamentos se analiza la naturaleza y causa de la opción de compra constituida, y en el cuarto se halla la verdadera razón de la negativa: la operación constituye un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento.

Son varios los temas que se sugieren. Para el mejor entendimiento de las tesis de la Dirección en torno a la opción de compra, cabe empezar por recoger las más recientes resoluciones, incluso las no citadas en el vistos, pues la referencia a ellas será después obligada.

Resolución de 7 de diciembre de 1978 (3):

Admite el ejercicio unilateral en el Registro de la opción de compra por el optante, «siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar...; 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 traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente».

Ahora bien, ello requiere el estricto cumplimiento de sus obligaciones por el adquirente, lo que implica la previa o simultánea constitución de depósito para pago del precio.

La voluntad de los interesados no puede modificar las garantías establecidas en beneficio de terceros, singularmente por la falta de funcionario —Juez o Notario— en su extinción; por ello no cabe eludir el depósito o consignación en favor de acreedores posteriores, que establecido por el artículo 175, 6.ª, del Reglamento Hipotecario, debe entenderse aplicable a los supuestos de opción.

Resolución de 7 de septiembre de 1982:

No admite la constatación por nota marginal, por analogía con el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, del ejercicio unilateral por el opcionario de la opción de compra, distinguiendo:

«Tal como aparece regulada en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, la inscribibilidad del derecho de opción, es indudable que no apare-

del poder de representación por plazo cierto», que emplea para calibrar precisamente la opción de compra acompañada de poder irrevocable, bien que sin funciones de garantía. Sin embargo, es el Registrador, según creo y luego se verá, quien ha leído el libro con más detenimiento. Lo mismo podría pensar CÁMARA, a tenor de las observaciones que sobre él realiza, *ob. cit.*, págs. 40 y sigs.

(3) Comentada por M. AMORÓS GUARDIOLA: *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado publicadas en la «RCDI», años 1969 a 1982*, CEH, Madrid, 1987, página 1165.

ce prevista la posibilidad de acceso directo del ejercicio positivo de la opción por el optante derivada de esta clase de contrato y que no ha originado todavía una modificación jurídico-real en tanto no se dé cumplimiento a la obligación por ambas partes.»

«Supuesto radicalmente distinto sería aquel en que, pactada la opción como derecho real por voluntad expresa y suficientemente documentada de las partes al amparo del sistema de *numerus apertus* contenido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, se hubiese previsto que la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública fuera suficiente para que quedase perfeccionada la compraventa y consumada la tradición.»

Resolución de 28 de septiembre de 1982:

Se plantea la cancelación de los derechos reales, cargas y gravámenes extinguidos como consecuencia de la consumación del derecho de opción, cuestión que habrá de solucionarse aplicando los principios generales, en especial los hipotecarios, y la doctrina del Tribunal Supremo, y así «habrá de encontrarse el procedimiento adecuado teniendo en cuenta todos los intereses en juego, así como las soluciones establecidas para otros supuestos, como las contenidas en el artículo 10, 7.º, de la Ley Hipotecaria o en el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario, y, sobre todo, en el artículo 235, 9.º, del mismo texto legal —concordante en este aspecto con la regla 17 del artículo 131 de la Ley—, en donde se establece que dado el significado liquidatorio que caracteriza el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, el sobrante después de pagado el crédito y los gastos de procedimiento se depositará a disposición de los titulares de derechos reales posteriores en un establecimiento público destinado al efecto».

Resolución de 29 de enero de 1986 (4):

La cita de esta resolución obedece más a un prurito de agotamiento que a su trascendencia en el tema que nos ocupa, ya que versaba sobre la propiedad o impropiedad de la palabra «caducidad» empleada, y sobre que estipulado que el pago de la prima por la concesión de la opción, a realizar por plazos, formaría parte del precio de la venta, se discutía si pagado un plazo —y, por tanto, parte del precio de la compraventa— debía o no entenderse ejercitada la opción.

Resolución de 10 de junio de 1986:

Se enfrenta con un supuesto de opción de compra en garantía de un préstamo que se articula de manera que la opción queda sujeta a la condición suspensiva de impago de la deuda, acreditándose tal hecho mediante acta notarial, en la que la entidad acreedora consigue el saldo deudor con referencia a sus libros de contabilidad. Es de resaltar, aunque no trasluciera después en el recurso, que no se preveía la oposición del deudor a dicha acta ni, por otra parte, el ejercicio unilateral por el optan-

(4) Comentada por J. P. RUANO BORRELLA, en *RCDI*, núm. 573, marzo-abril 1986. También debe verse de este autor: «Inscripción del derecho de opción. Aspecto sustantivo y aspecto registral», en *RCDI*, núm. 576, septiembre-octubre 1986.

te, entidad bancaria, sino que éste «podrá comunicar su deseo de ejercitar la opción de compra mediante acta notarial».

La Dirección General, partiendo de este considerando: «que este recurso plantea la cuestión del alcance de la prohibición de pacto comisorio y, en concreto, si es posible constituir sobre un bien inmueble una garantía que consista en atribuir al acreedor la facultad de adquirirlo (derecho de opción) en el caso de que el deudor no cumpla a su debido tiempo la obligación garantizada (la cantidad debida pasaría a ser el precio de la compra)», resuelve con abundancia de argumentos la prohibición de pacto comisorio en nuestro Derecho.

Resolución de 10 de abril de 1987:

El supuesto de hecho era complejo, y conviene exponerlo con algún detalle porque se corre el peligro de extraer conclusiones desafortunadas. Una sociedad «vende» a otra dos solares; como contraprestación aquella podía optar —pactándose así y solicitándose su inscripción— alternativa-mente por su precio o por determinados locales y viviendas a construir sobre aquéllos o parte de aquél y parte de éstos. El cumplimiento de su obligación por la sociedad compradora se garantiza, además, con condición resolutoria.

Ejercitada la opción por la sociedad transmitente sobre los locales y las viviendas, con intervención de la sociedad adquirente, se alega por el Registrador la necesidad de consignación (arts. 175, 6.º, y 180 del Reglamento Hipotecario) y mandamiento judicial (arts. 83 y 84 de la Ley Hipotecaria y 174 y 180 del Reglamento Hipotecario) para la cancelación de las anotaciones practicadas con posterioridad sobre aquellas fincas.

El Centro Directivo comienza: «Para resolver las cuestiones planteadas conviene precisar que en el Registro aparece inscrito, en favor de la entidad que transmitió los solares, un derecho de adquisición que a todos los efectos legales ha de presumirse que existe y que pertenece a su titular en los términos que resultan del asiento respectivo. Es, por tanto, extemporáneo plantear ahora si el derecho de adquisición, tal como resulta del Registro, debió o no inscribirse. Pero conviene en este caso precisar que no podría haber sido suficiente para negar la inscripción, dado nuestro sistema de *numerus apertus*, el que el derecho de adquisición no responda exactamente —como, sin duda, sucede— al tipo previsto en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario».

Ejercitada la opción en tales términos, nada hay que consignar por la entidad optante, puesto que con la entrega de los solares su prestación estaba agotada y los derechos embargados quedan, en consecuencia, extinguidos, por lo que procede inevitablemente la cancelación de las anotaciones preventivas sin necesidad de mandamiento judicial.