

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7413 *Resolución de 15 de abril de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Mijas n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ejercicio de opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don R. T. C., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Expaim Trading Foods, S.L.», contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Mijas número 1, doña Asunción Gutiérrez Martínez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ejercicio de opción de compra.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 9 de agosto de 2018 por el notario de Madrid, don José Luis Ruiz Abad, se otorgó por los cónyuges don J. V. C. y doña A. M. M. E., a favor de la sociedad «Expaim Trading Foods, S.L.», una opción de compra sobre una vivienda unifamiliar, de acuerdo con los pactos siguientes: plazo de dos años, por lo que finalizaría el día 9 de agosto de 2020; precio o prima de opción de 25.000 euros, y precio de compraventa de 450.000 euros, que podría ser satisfecho mediante efectivo o por subrogación de la deuda pendiente de las hipotecas que gravasen la finca, o compensación total o parcial de créditos o deudas futuras contraídas con la parte optante, o mediante consignación notarial u otras admitidas en derecho a elección de la parte optante.

A los efectos de este expediente, interesa reseñar la cláusula quinta de la escritura, que consta inscrita en el Registro: «Ejercicio de la opción y escritura de compraventa: Pactándose esta opción como derecho real e inscribible, ésta se ejercerá: – bien mediante notificación fehaciente dirigida a la parte concedente, dentro del plazo, en la que se fijará día, hora y Notaría, para autorizar la escritura de compraventa, todo ello será designado por la parte optante para ejercitar la opción de compra. – bien mediante el ejercicio y comparecencia unilateral de la parte optante/compradora para el caso que la parte concedente/vendedora no atendiere a la notificación referida en el plazo de una semana o no compareciere ante el Notario designado, o lo hiciese sin la documentación necesaria –cédula de habitabilidad, certificación energética– o no firmase la escritura por cualquier otro motivo, debiendo acompañarse a la correspondiente escritura acta de notificación o requerimiento y debiéndose cumplir en este segundo caso todos los requisitos, establecidos al respecto del ejercicio unilateral de la opción de compra, por la legislación aplicable y la Dirección General de los Registros y del Notariado. El otorgamiento de la escritura de compraventa en ejercicio de esta opción de compra se notificará notarialmente al concedente de la opción en su expresado domicilio. Las partes, a efectos de notificaciones y requerimientos, designan como domicilio los indicados como propios en la comparecencia de esta escritura».

Mediante escritura autorizada el día 6 de agosto de 2020 por el notario de Madrid, don Juan Manuel Perelló Font, por la representación de la sociedad «Expaim Trading Foods, S.L.», se otorgó ejercicio unilateral del derecho de opción de compra, haciéndose constar que «la parte transmitente ha sido notificada por burofax para el ejercicio de la presente opción de compra, no habiendo recibido contestación por parte de don J. V. C. y doña A. M. M. E. y no habiéndose presentado a la firma en el día de hoy en la Notaría». Los medios de pago del precio de 450.000 euros eran los siguientes: 25.000 euros el día 9 de agosto de 2018; 60.000 euros el día 10 de agosto de 2018; 25.000

euros el día 5 de diciembre de 2018; 10.000 euros el 22 de enero de 2019; 25.000 euros el día 14 de febrero de 2019; 3.860 euros el día 6 de marzo de 2019; 301.140 euros que se retenían para hacer frente al pago de la cantidad pendiente de amortizar el préstamo hipotecario que gravaba la finca. Esta escritura causó calificación negativa por la que se suspendía la inscripción en el Registro, de fecha 21 de octubre de 2020.

Mediante diligencia en la anteriormente citada escritura de ejercicio de opción de compra, de fecha 22 de octubre de 2020, se incorporaba a la misma el burofax mediante el cual se notificaba por el compareciente a los propietarios el ejercicio unilateral de la opción de compra.

Mediante escritura autorizada el día 1 de septiembre de 2020 por el notario de Madrid, don Juan Manuel Perelló Font, se subsanaba la escritura de fecha 6 de agosto de 2020 en el sentido de que, al ser el saldo pendiente del préstamo hipotecario que gravaba la finca de 461.565,26 euros, se retenía la totalidad del precio para hacer frente a la deuda.

II

Presentada el día 22 de octubre de 2020 dicha documentación en el Registro de la Propiedad de Mijas número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Visto por Asunción Gutiérrez Martínez, Registradora de la Propiedad número uno de Mijas, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 553/2020, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, por Don Juan Manuel Perelló Font, de los documentos que obran en dicho procedimiento, escritura otorgada ante el Notario de Madrid, Don Juan Manuel Perelló Font, número de protocolo 1.984, en virtud de solicitud de inscripción.

El documento objeto de la presente calificación, fue presentado por el anteriormente nombrado a las 09:00 horas del día 7 de agosto de 2020, asiento 346 del Diario de Presentación número 15, habiendo obtenido calificación desfavorable con fecha 21 de octubre de 2020. Dicho título ha vuelto a ser presentado en unión de diligencia de rectificación expedida por el mismo notario de fecha 22 de octubre de 2020, resultando lo siguiente:

Hechos:

Primero.—En la citada diligencia de rectificación se inserta copia certificada de imposición y contenido de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos donde figura la imposición de burofax premiun, cuyo destinatario es Don J. V. C. V. C., si bien de este Registro resulta que la finca objeto de transmisión en el título consta inscrita a favor del citado señor y de su esposa, Doña A. M. M. E., por lo que no resulta subsanado el defecto contenido en la nota de calificación emitida con fecha 21 de octubre de 2020.—

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

Fundamentos de Derecho:

Como ya señaló la DGRyN en resolución de 20 de mayo de 2005, la jurisprudencia, la doctrina científica y la de la DGRyN han admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho; ahora bien: tal innecesariedad de su consentimiento ha de tener su base en el exacto cumplimiento de los requisitos inscritos para la inscripción a favor del optante; y en el presente caso no es así.

La regulación que los Reglamentos Hipotecario y Notarial hacen respecto de los requerimientos y notificaciones, ha de interpretarse de acuerdo con las exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos que la misma es interpretada por el Tribunal Constitucional: necesidad de diligencia en procurar el conocimiento personal por parte del afectado (Sentencia de 7 de mayo de 2012, por todas); por lo que en un supuesto como este en que el titular registral

del derecho que se transmite no presta directamente su consentimiento, deben extremarse las precauciones a fin de procurar una notificación efectiva al concedente de la opción, el cual se verá privado de su dominio sobre la finca. A efectos de notificación, se debe considerar suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento, siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio designado por las partes, según el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio (cfr. Resolución de 21 de noviembre de 1992). En casos en los cuales el documento no ha podido ser entregado por la indicada vía postal, la DGRyN ha puesto de relieve (vid. Resoluciones de 30 de enero de 2012 y 16 de diciembre de 2013) que el acta autorizada conforme al artículo 201 del Reglamento Notarial acredita únicamente el simple hecho del envío de la carta por correo, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado, entrega o remisión, así como la recepción por el Notario del aviso de recibo y la devolución del envío por no haber podido realizarse la entrega, pero no cambia los efectos de la notificación, que serán los establecidos con carácter general para las cartas certificadas con acuse de recibo por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, que en su artículo 32, párrafo final señala que “el envío se considerara entregado cuando se efectúe en la forma determinada en el presente Reglamento”, sin que de este Reglamento resulte que la devolución de un correo certificado con acuse de recibo produzca los efectos de una notificación. Según las citadas Resoluciones (relativas a casos en que se había hecho constar en acta un simple envío postal ex artículo 201 del Reglamento Notarial), es cierto que hay Sentencias (cfr. las citadas en los “Vistos”), que entienden que cuando las comunicaciones por correo certificado con acuse de recibido son devueltas con la mención avisado “ausente”, “caducado”, o “devuelto”, se considera que hay falta de diligencia imputable al destinatario, que salvo prueba razonada y razonable de la imposibilidad de la recepción, no impide la eficacia del acto que se notifica o para el que se lo requiere. Pero –añaden– son Sentencias referidas al procedimiento administrativo ordinario o común de notificaciones –no al previsto en el Reglamento Notarial– y a los efectos de no entender caducado el procedimiento. Y termina la DGRyN en esas dos Resoluciones afirmando que en el ámbito del Reglamento Notarial existe otra forma más ajustada: el principio constitucional de tutela efectiva y la doctrina jurisprudencial que asegura, en el mayor grado posible, la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 158/2007, de 2 de julio); y que esa vía es el procedimiento previsto en el artículo 202 del Reglamento Notarial, de manera que habiendo resultado infructuoso el envío postal, el Notario debe procurar realizar la notificación presencialmente, en los términos previstos en dicho artículo. De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo el criterio de las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de diciembre de 2013 y 3 de agosto de 2017, debe entenderse que resultando infructuosa la notificación por correo certificado, debe verificarse una notificación personal del Notario.

En cuanto a la utilización del burofax, si bien este procedimiento se encuentra admitido en determinados ámbitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha sido admitido alguna vez por la DGRyN como suficiente, cuando legalmente no se exige una forma determinada de notificación, por cuanto permite dejar constancia fehaciente de la entrega de la misma (Resolución de 18 de febrero de 2013, para la citación a los acreedores en las herencias aceptadas a beneficio de inventario); no siempre que exista una falta de determinación legal de la forma de practicar las notificaciones y requerimientos a efectos registrales debe seguirse esta regla, sino que, a falta de pacto, habrá de atenderse a la transcendencia de los efectos que la misma provoca y a los criterios legales existentes para supuestos semejantes. Por lo que, estableciéndose una forma concreta de practicar la notificación, tal y como consta en este registro, es

necesaria la práctica de la misma de conformidad con ella. (Vid. RDGRyN 14-5-2019). En su virtud,

Por lo cual se mantiene el defecto contenido en la calificación desfavorable antes mencionada al no haber sido subsanados, sin que se proceda nueva prórroga del asiento de presentación. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para contender y ventilar entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos calificados.

Notifíquese al presentante del título calificado en el plazo máximo de diez días.

Mijas, a 11 de noviembre de 2020 La Registradora Asunción Gutiérrez Martínez.»

III

Solicitada el día 1 de diciembre de 2010 calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Málaga número 1, don José Alfonso Uceda Serrano, quien, con fecha 16 de diciembre de 2020, confirmó la calificación de la registradora de la Propiedad de Mijas número 1.

IV

Contra la anterior nota de calificación, don R. T. C., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Expaim Trading Foods, S.L.», interpuso recurso el día 8 de febrero de 2021 mediante escrito en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«Fundamentos de Derecho

I.–(...)

IV.–La opción de compra puede ser ejercida unilateralmente por el optante, sin necesidad de que concorra un nuevo consentimiento por el concedente. El ejercicio de la opción exige que, dentro del plazo pactado, el optante manifieste su decisión de llevar a cabo el contrato negociado, notificando su voluntad positiva en este sentido al concedente (TS 18-5-05, EDJ 76740).

Basta la expresión de voluntad del optante para la perfección del contrato de compraventa que, desde el momento en que es conocida por el concedente, queda firme, perfecto, en estado de ejecución y obligatorio para ambas partes, sin necesidad de más actos (TS 14-11-02, EDJ 49705) y sin necesidad de ninguna otra actividad para que se tenga por consumada la opción (TS 11-4-00, EDJ 5724; 18-5-05, EDJ 76740).

El requisito esencial que perfecciona la compra para la que se concede la opción, es el de la aceptación de la compraventa ofrecida, pero sin ser necesario que se entregue a la vez el precio o sea consignado este, pues no es forzosa esa entrega hasta el momento de otorgarse la escritura de compraventa.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en considerar el carácter recepticio de la aceptación por parte del optante. Así la opción se consuma y queda perfeccionado el contrato cuando, dentro del plazo estipulado y en la forma acordada por las partes, llega a conocimiento del concedente la declaración unilateral por la que el optante exterioriza la voluntad de llevar a cabo el contrato al que venga referido la opción, y aun cuando no llegue a conocimiento del concedente por causa solo a él imputable pues lo que se pretende con la notificación de la aceptación es solo que la misma llegue a conocimiento del concedente, pero no su conformidad con la declaración de compra del optante; esto último es aplicable incluso al precontrato de opción (TS 29-9-81; 30- 4-10, EDJ 71255; 6-9-11, EDJ 210469).

Así, en el presente supuesto, tal y como consta en la cláusula quinta de la escritura de opción de compra otorgada en fecha 9 de agosto de 2018 ante el Notario de Madrid D. José Luis Ruiz Abad, bajo el número 2621 de orden de protocolo, la opción se ejercitará "bien mediante notificación fehaciente dirigida a la parte concedente, dentro del

plazo, en la que se fijará día, hora y Notaría, para autorizar la escritura de compraventa, todo ello será designado por la parte optante para ejercitar la opción de compra.”

Por tanto, es obligación de mi representado notificar de manera fehaciente a D. J. V. C. y Dña. A. M. M. E. su voluntad de llevar a cabo la opción de compraventa.

Hecho que se produjo con el envío del burofax a la residencia habitual del matrimonio, casado en régimen de gananciales, en fecha 30 de julio de 2020 no siendo entregado por cuestiones ajenas a mi mandante imputables a los destinatarios ya que se realizaron dos intentos de entrega a los mismos, siendo recogida por estos en la Oficina de Correos en fecha 6 de agosto de 2020.

Hemos de señalar que el domicilio al que se envió el citado burofax es el que designaron los concedentes en la escritura de opción de compra otorgada en fecha 9 de agosto de 2018 ante el Notario de Madrid D. José Luis Ruiz Abad, bajo el número 2621 de orden de protocolo, siendo esta Calle (...)

A mayor abundamiento, dado que se trata de un matrimonio casado en régimen de gananciales la notificación a uno solo de los concedentes sería válida. No obstante, esta parte se dirigió a ambos propietarios tal y como consta en el cuerpo del escrito a pesar de que en la caratula del burofax solo figure como destinatario D. J. V. C.

A tal efecto, debemos manifestar, por tanto, que el simple hecho de enviarlo es a efectos legales una notificación efectuada válidamente, así lo establecen Audiencias Provinciales como la de Alicante en sentencia de 12 de abril de 2019 y la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 10 de junio de 2020 en la cual estable que:

“Y un Burofax no entregado por causa imputable al destinatario por rehusarlo o no retirado de la oficina correspondiente es a todos los efectos una notificación efectuada. La jurisprudencia es meridianamente clara al respecto: un Burofax no entregado por ser rehusado o no retirado no implica una acreditación de falta de conocimiento por parte del destinatario, sino que por el contrario prueban la voluntad renuente del mismo a recoger la documentación correspondiente y ser notificado.

Ciertamente la pasividad de la parte demandada en ningún caso puede perjudicar el derecho del demandante, por ser doctrina constitucional reiterada (Sentencias del Tribunal Constitucional 82/2000, de 27 de marzo [EDJ 2000/3838], 145/2000, de 29 de mayo [EDJ 2000/13821], y 6/2003, de 20 de enero [EDJ 2003/1401]), que los actos de comunicación producen plenos efectos cuando su frustración se debe únicamente a la voluntad expresa o tácita de su destinatario, o a la pasividad, desinterés, negligencia, error, o impericia de la persona a la que va destinada, y, en este caso no consta que la parte demandada no recogiera la comunicación remitida por la arrendadora por alguna causa justificada distinta de su propia voluntad obstativa al cumplimiento del trámite de la comunicación previa del arrendador”.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia n.º 297/2009 de la Audiencia Provincial de Alicante sección 8.ª de fecha 26 de julio de 2009:

“Pues bien, el sentido de este último inciso, no es el de conceder al optante una ampliación del plazo, computándose desde el envío, cualquiera que sea la fecha de recepción, sino la de garantizar que si la comunicación llega al domicilio pactado en los horarios establecidos y en el plazo de los dos meses pactados, aunque no se hubiera recibido, sería válida. La sustantivación ‘comunicación’ no tiene un sentido primario, de inicio, sino finalista, o de recepción. Solo así se integra adecuadamente, primero, con la expresa intención de las partes de que el plazo de dos meses sea final –terminará, dice la cláusula tercera–, segundo, con la obligación contraída fijar domicilio a los efectos de notificación y, tercero, con el establecimiento de horarios y días concretos de notificaciones a las que, el inciso litigioso, confiere tal valor que permitiría entender que se han producido aunque realmente no lo haya sido, es decir, que la mera comunicación producida al domicilio indicado en días y horarios pactados, produce el efecto pretendido, conjugándose todo ello con la doctrina jurisprudencial relativa a la naturaleza recepticia del acto comunicativo de opción y al ámbito temporal en que produce eficacia que solo contempla dos excepciones, en primer lugar, el de la declaración del optante a

través de un acto de conciliación respecto del que en Jurisprudencia ya antigua (STS de 12 de julio de 1979,; 2 de noviembre de 1979; 21 de noviembre de 1950; 30 de enero de 1959) ha venido señalando que caso basta con que la papeleta promoviendo el acto de conciliación se hubiere presentado ante el Juzgado dentro del plazo, aunque el acto de conciliación se celebre después de vencido el plazo, teniéndose por ejercitado el derecho dentro de plazo; y en segundo lugar, el caso contemplado en la STS de fecha 22 de diciembre de 1992, de declaración del optante realizada dentro del plazo pero recibida con posterioridad al transcurso del mismo que la Sentencia admite porque la razón de que llegara la notificación al concedente fuera de plazo era imputable al propio concedente. Decía en concreto esta Sentencia que si el optante utiliza alguno de los medios legalmente hábiles y eficaces para que su declaración de voluntad por la que hace uso de la opción, dentro de plazo, llegue al conocimiento del concedente u optatario y, sin embargo, ello no puede producirse porque, éste obstaculiza o impide que dicha comunicación llegue a su poder, ha de entenderse cumplido el requisito de ejercicio de la opción dentro del plazo pactado, debiendo considerarse recibida tal declaración aun en el supuesto de falta de recepción del documento que así lo contenga, cuando no estaba en la potestad del optante y sí del destinatario oferente, el conseguir u obtener el conocimiento.”

En definitiva, el ejercicio válido del derecho de opción exige que dentro del plazo pactado el optante manifieste su voluntad de llevar a cabo el contrato negociado, notificando en este sentido su voluntad positiva al concedente, para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción.

Y, en el presente supuesto, mis representados han cumplido con el requisito legal fehaciente a los efectos de notificación con la parte concedente, puesto que la obligación nace del envío del burofax y no de la recepción de este.»

V

Mediante escrito, de fecha 17 de febrero de 2021, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificado el recurso interpuesto al notario autorizante del título calificado, no ha efectuado alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1255, 1256, 1261 y 1281 y siguientes del Código civil; 9 de la Ley Hipotecaria; 14, 51 y 54 del Reglamento Hipotecario; 201, 202 y 203 del Reglamento Notarial; 32 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (actualmente derogada por Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal); las Sentencias del Tribunal Constitucional números 76/2006, de 13 de marzo, y 158/2007, de 2 de julio; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 17 de noviembre de 2003 y 28 de junio de 2013, y, Sala de lo Civil, de 1 y 26 de febrero y 27 de mayo de 1985, 21 de mayo de 1991, 17 de diciembre de 1992, 24 de febrero de 1993, 17 de julio de 1995 y 13 de mayo de 1997, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 1994, 6 de noviembre de 1996, 13 de abril de 2000, 20 de mayo de 2005, 11 de julio de 2009, 2 de junio de 2010, 30 de enero, 13 de junio y 9 de octubre de 2012, 16 de diciembre de 2013, 22 de mayo y 25 de junio de 2014, 18 de febrero de 2016, 30 de junio, 3 de agosto y 24 de octubre de 2017 y 14 de mayo de 2019.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de ejercicio unilateral de opción de compra en la que son relevantes los hechos y circunstancias siguientes:

a) La escritura de constitución de la opción de compra, de 9 de agosto de 2018, se otorgó por un matrimonio a favor de una sociedad, y lo fue sobre una vivienda unifamiliar, de acuerdo con los pactos siguientes: plazo de dos años, por lo que finaliza el 9 de agosto de 2020; precio o prima de opción de 25.000 euros; precio de compraventa de 450.000 euros, que podrá ser satisfecho mediante efectivo o por subrogación de la deuda pendiente de las hipotecas que graven la finca, o compensación total o parcial de créditos o deudas futuras contraídas con la parte optante, o, mediante consignación notarial u otras admitidas en derecho a elección de la parte optante.

b) La cláusula quinta de la escritura, que consta inscrita en el Registro, establece lo siguiente: «Ejercicio de la opción y escritura de compraventa: Pactándose esta opción como derecho real e inscribible, ésta se ejercitará: – bien mediante notificación fehaciente dirigida a la parte concedente, dentro del plazo, en la que se fijará día, hora y Notaría, para autorizar la escritura de compraventa, todo ello será designado por la parte optante para ejercitar la opción de compra. – bien mediante el ejercicio y comparecencia unilateral de la parte optante/compradora para el caso que la parte concedente/vendedora no atendiere a la notificación referida en el plazo de una semana o no compareciere ante el Notario designado, o lo hiciese sin la documentación necesaria – cédula de habitabilidad, certificación energética– o no firmase la escritura por cualquier otro motivo, debiendo acompañarse a la correspondiente escritura acta de notificación o requerimiento y debiéndose cumplir en este segundo caso todos los requisitos, establecidos al respecto del ejercicio unilateral de la opción de compra, por la legislación aplicable y la Dirección General de los Registros y del Notariado. El otorgamiento de la escritura de compraventa en ejercicio de esta opción de compra se notificará notarialmente al concedente de la opción en su expresado domicilio. Las partes, a efectos de notificaciones y requerimientos, designan como domicilio los indicados como propios en la comparecencia de esta escritura».

c) El 6 de agosto de 2020, se otorgó ejercicio unilateral del derecho de opción de compra, haciéndose constar que «la parte transmitente ha sido notificada por burofax para el ejercicio de la presente opción de compra, no habiendo recibido contestación por parte de don J. V. C. y doña A. M. M. E. y no habiéndose presentado a la firma en el día de hoy en la Notaría».

Esta escritura causó calificación negativa el 21 de octubre de 2020, y por diligencia de fecha 22 de octubre de 2020, se incorpora a la misma el burofax mediante el cual se notifica por el compareciente a los propietarios el ejercicio unilateral de la opción de compra.

La registradora señala como defecto que la innecesariedad del consentimiento de los concedentes de la opción ha de tener su base en el exacto cumplimiento de los requisitos inscritos para la inscripción a favor del optante; y en el presente caso, estableciéndose una forma concreta de practicar la notificación, tal y como consta en el Registro, es necesaria la práctica de la misma de conformidad con ella.

El recurrente alega lo siguiente: que la notificación fue hecha a ambos cónyuges, aunque en la carátula del burofax aparezca solo el nombre de uno de ellos; que un burofax no entregado por ser rehusado o no retirado, no implica una acreditación de falta de conocimiento por parte del destinatario, sino que por el contrario prueba la voluntad renuente del mismo a recoger la documentación correspondiente y ser notificado; que el ejercicio válido del derecho de opción exige que, dentro del plazo pactado, el optante manifieste su voluntad de llevar a cabo el contrato negociado, notificando en este sentido su voluntad positiva al concedente, para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción; que la obligación nace del envío del burofax y no de la recepción de este.

2. El defecto señalado por la registradora es que el ejercicio unilateral del derecho de opción de compra no se ajusta a los requisitos pactados e inscritos, en concreto la notificación al concedente de la opción. Como ya señaló la Resolución de 20 de mayo de 2005 y reiteró la de 14 de mayo de 2019, la jurisprudencia, la doctrina científica y la de este Centro Directivo han admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho; ahora bien: tal innecesidad de su consentimiento ha de tener su base en el exacto cumplimiento de los requisitos inscritos para la inscripción a favor del optante; y en el presente caso, lo que deriva de los términos en que se inscribió el derecho es que, el ejercicio de la opción de compra de forma unilateral será «mediante el ejercicio y comparecencia unilateral de la parte optante/compradora para el caso que la parte concedente/vendedora no atendiere a la notificación referida en el plazo de una semana o no compareciere ante el Notario designado (...) debiendo acompañarse a la correspondiente escritura acta de notificación o requerimiento y debiéndose cumplir en este segundo caso todos los requisitos, establecidos al respecto del ejercicio unilateral de la opción de compra, por la legislación aplicable y la Dirección General de los Registros y del Notariado. El otorgamiento de la escritura de compraventa en ejercicio de esta opción de compra se notificará notarialmente al concedente de la opción en su expresado domicilio».

3. En relación con esta cuestión, se debe empezar señalando que la regulación que los Reglamentos Hipotecario y Notarial hacen respecto de los requerimientos y notificaciones ha de interpretarse de acuerdo con las exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos que la misma es interpretada por el Tribunal Constitucional: necesidad de diligencia en procurar el conocimiento personal por parte del afectado (vid. Sentencia de 7 de mayo de 2012, por todas); por lo que en un supuesto como este en que los titulares registrales del derecho que se transmite no prestan directamente su consentimiento, deben extremarse las precauciones a fin de procurar una notificación efectiva al concedente de la opción, el cual se verá privado de su dominio sobre la finca.

A efectos de notificación, se debe considerar suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento, siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio designado por las partes, según el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio (cfr. Resolución de 21 de noviembre de 1992).

En casos en los cuales el documento no ha podido ser entregado por la indicada vía postal, este Centro Directivo ha puesto de relieve (vid. Resoluciones de 30 de enero de 2012 y 16 de diciembre de 2013) que el acta autorizada conforme al artículo 201 del Reglamento Notarial acredita únicamente el simple hecho del envío de la carta por correo, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado, entrega o remisión, así como la recepción por el notario del aviso de recibo y la devolución del envío por no haber podido realizarse la entrega, pero no cambia los efectos de la notificación, que serán los establecidos con carácter general para las cartas certificadas con acuse de recibo por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, que en su artículo 32.1, párrafo final señala que «el envío se considerará entregado cuando se efectúe en la forma determinada en el presente Reglamento», sin que de este Reglamento resulte que la devolución de un correo certificado con acuse de recibo produzca los efectos de una notificación. Según las citadas Resoluciones (relativas a casos en que se había hecho constar en acta un simple envío postal ex artículo 201 del Reglamento Notarial), es cierto que hay Sentencias (cfr. las citadas en los «Vistos»), como también pone de relieve el recurrente en este caso, que entienden que cuando las comunicaciones por correo certificado con acuse de recibido son devueltas con la mención avisado «ausente», «caducado», o «devuelto», se considera que hay falta de diligencia imputable al destinatario, que salvo prueba razonada y razonable de la imposibilidad de la recepción, no impide la eficacia del acto que se

notifica o para el que se lo requiere. Pero –añaden– son Sentencias referidas al procedimiento administrativo ordinario o común de notificaciones –no al previsto en el Reglamento Notarial– y a los efectos de no entender caducado el procedimiento. Y termina esta Dirección General en esas dos Resoluciones afirmando que en el ámbito del Reglamento Notarial existe otra forma más ajustada: el principio constitucional de tutela efectiva y la doctrina jurisprudencial que asegura, en el mayor grado posible, la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 158/2007, de 2 de julio); y que esa vía es el procedimiento previsto en el artículo 202 del Reglamento Notarial, de manera que habiendo resultado infructuoso el envío postal, el Notario debe procurar realizar la notificación presencialmente, en los términos previstos en dicho artículo.

De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo el criterio de las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de diciembre de 2013, 3 de agosto de 2017 y 14 de mayo de 2019, debe entenderse que resultando infructuosa la notificación por correo certificado, debe verificarse una notificación personal del notario.

4. En cuanto a la utilización del burofax, si bien este procedimiento se encuentra admitido en determinados ámbitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha sido admitido alguna vez por esta Dirección General como suficiente, cuando legalmente no se exige una forma determinada de notificación, por cuanto permite dejar constancia fehaciente de la entrega de la misma (Resolución de 18 de febrero de 2013, para la citación a los acreedores en las herencias aceptadas a beneficio de inventario), no siempre que exista una falta de determinación legal de la forma de practicar las notificaciones y requerimientos a efectos registrales debe seguirse esta regla, sino que, a falta de pacto, habrá de atenderse a la transcendencia de los efectos que la misma provoca y a los criterios legales existentes para supuestos semejantes.

Así en materia de hipotecas y derechos reales encontramos numerosos supuestos en que, dada la decisiva transcendencia de la notificación, se exige que la misma se verifique por vía notarial (artículos 202 a 204 del Reglamento Notarial) o judicial, no sólo porque se trata de procedimientos que permiten dejar constancia de la entrega sino, también, porque acreditan el contenido de la notificación y la identidad del emitente, y posibilitan la adecuada oposición del receptor. Entre esos supuestos se puede citar el artículo 1504 del Código Civil en cuanto el requerimiento al comprador con precio aplazado para la resolución de la venta (Resolución de 10 de julio de 2013). Y, en materia de hipotecas: a) el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que se refiere a la «notificación por conducto notarial» por parte de la entidad acreedora subrogante a la entidad acreedora primitiva de la oferta vinculante y de su decisión de subrogarse en la hipoteca y del requerimiento para que entregue el certificado del importe debido; b) el requerimiento de pago al deudor, previo a la ejecución hipotecaria, a que se refiere el artículo 686.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relación con el artículo 581.2 del mismo cuerpo legal, y c) para hacer constar en el Registro el cumplimiento de las condiciones suspensivas o resolutorias que afectaran a la obligación asegurada, o que se han contraído las obligaciones futuras garantizadas, es necesario la presentación de documento público que así lo acredite o solicitud firmada por ambas partes con firmas legitimadas (artículos 238 y 239 del Reglamento Hipotecario).

5. En el presente supuesto, se ha enviado un burofax directamente por quien ejerce la opción de compra –no por el notario–, pero no se acompaña a la escritura de ejercicio unilateral del derecho de opción, el acta notarial de requerimiento o notificación que se exige en el título inscrito. Si a todo ello añadimos que la regla general del sistema registral español de exigencia de titulación pública de los documentos que puedan ocasionar asientos registrales recogido en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, y dado que la notificación que tiene lugar en el presente supuesto produce el efecto de posibilitar el ejercicio unilateral de una opción de compra, transmitiéndose el dominio sin que preste

directamente su consentimiento el titular registral del mismo, se entiende por este Centro Directivo que la misma debe de realizarse por medio de acta notarial y de acuerdo con las normas que específicamente la regulan.

Por lo tanto, al no ajustarse en el ejercicio unilateral de la opción de compra a la necesaria realización de las notificaciones a lo pactado por las partes e inscrito, debe confirmarse la nota de calificación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 15 de abril de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.