

Derecho de opción: Cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real

SUMARIO: INTRODUCCION Y JUSTIFICACIONES: A) JUSTIFICACIÓN DEL TEMA. B) OBSERVACIONES PRELIMINARES: 1. *Fijación del tema*. 2. *Evolución del derecho de opción: del precontrato al derecho real*. 3. *Derecho de opción y Registro de la Propiedad*. C) JUSTIFICACIÓN DEL PLAN DE EXPOSICIÓN.—PRIMERA PARTE.—DICTAMEN: SUPUESTO DE HECHO: A) EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA RESPECTO DE LOS DERECHOS REALES, CARGAS Y GRAVÁMENES INSCRITOS CON POSTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN. B) ¿TIENEN LOS TITULARES DE TALES DERECHOS REALES, CARGAS O GRAVÁMENES NO PREFERENTES ALGÚN DERECHO SOBRE EL PRECIO SATISFECHO POR EL OPTANTE?, Y ¿TIENEN ALGUNA GARANTÍA REGISTRAL PARA SU COBRO? C) ¿CUÁLES SON LOS DOCUMENTOS NECESARIOS PARA CANCELAR LAS ANOTACIONES DE EMBARGO ORDENADAS POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y CUE HAN QUEDADO EXTINGUIDAS POR CIRCUNSTANCIAS QUE CONSTAN EN EL PROPIO REGISTRO? D) ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN JURÍDICA RESULTANTE DE LA INSCRIPCIÓN DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA SIN CORRELATIVA CANCELACIÓN DE LAS ANOTACIONES DE EMBARGO NO PREFERENTES?—CONCLUSIONES.—SEGUNDA PARTE: I. LA RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 10 DE ABRIL DE 1987 (BOE DE 5 DE MAYO): A) SUPUESTO DE HECHO. B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL.—II. EL PROBLEMA DE LA CONSIGNACION EN FAVOR DE LOS TITULARES DE GRAVAMENES NO PREFERENTES: A) LA SOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL: LA REGLA DE LA NECESIDAD DE LA CONSIGNACIÓN Y SUS LÍMITES NATURALES. B) MI PLANTEAMIENTO: 1. *Naturaleza personal o real del derecho de opción*. 2. *Diversidad de régimen jurídico según la naturaleza de los derechos ulteriores: dominio, derechos de goce y derechos de garantía y otras cargas*: Primero. Supuesto en que el titular posterior sea un adquirente del dominio. Segundo. El problema del ejercicio unilateral del derecho de opción. Tercero. Supuesto en que el titular posterior sea un adquirente de un derecho real limitado de goce. Cuarto. Supuesto en que existan titulares posteriores de derechos de garantía u otras cargas. 3. *Sistema de subsistencia y sistema de liquidación: hacia una superación de este planteamiento*. 4. *Sistema de extinción con garantía y sistema de extinción sin garantía*. 5. *El requisito de la notificación al titular del derecho de opción*. 6. *Ámbito de la autonomía de la voluntad*. C) CONCLUSIONES Y PROPUESTAS: 1. *Propuesta de «lege data»*. 2. *Propuesta de política legislativa*.—III. EL PROBLEMA DEL MANDAMIENTO JUDICIAL PARA LA CANCELACION DE LOS ASIENTOS ORDENADOS

POR AUTORIDAD JUDICIAL: A) LA SOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL: COMENTARIO. B) ¿TIENE SENTIDO EL MANDAMIENTO CANCELATORIO O ES UN TRÁMITE INÚTIL? C) EN CONCRETO, EL PROBLEMA DE LA NOTIFICACIÓN AL JUEZ O TRIBUNAL QUE CONOZCA DEL PROCEDIMIENTO.

INTRODUCCION Y JUSTIFICACIONES

A) JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

El problema de la cancelación de las cargas y gravámenes no preferentes a un derecho de opción de compra inscrito, fue el objeto de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982 y, últimamente, de 10 de abril de 1987. En síntesis, estas resoluciones (las primeras, cuya doctrina, como veremos, confirma la tercera), establecen la necesidad de consignar el todo o parte del precio de opción en favor de los titulares de cargas ulteriores, como requisito para la cancelación de sus asientos. Solución valiente y progresista que ha sido mayoritariamente aceptada por la doctrina y la práctica registral con pocas dudas. Así, AMORÓS GUARDIOLA (1), PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (2), RUANO BORRELLA (3), TORRES LANA (4), entre otros. El propio ROCA SASTRE había defendido esta solución señalando que nuestro Derecho se aviene mejor al sistema liquidatorio de cargas «a fin de poder adquirir lo optado libre de toda carga o gravamen posteriormente constituido, procediéndose, en consecuencia, a la cancelación registral de las mismas, con aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario (5). Su opinión es recogida y aceptada por PUIG BRUTAU (6).

(1) AMORÓS GUARDIOLA, M.: Comentario a la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, *RCDI*, núm. 541, 1980, pág. 1516. Recogido en el tomo «Comentarios a las Resoluciones de la DGRN publicados en la *RCDI* durante los años 1969 a 1982», Madrid, 1987, págs. 1165 y sigs.

(2) PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*. 1.ª edición, Madrid, 1982, pág. 349, y 2.ª edición, Madrid, 1986, pág. 344.

(3) RUANO BORRELLA, J. P.: «Inscripción del derecho de opción. Aspecto sustantivo y aspecto registral», *RCDI*, núm. 576, 1986, pág. 1483.

(4) TORRES LANA, J. A.: *Contrato y derecho de opción*. 2.ª edición, Madrid, septiembre 1987, pág. 232. No obstante, este autor considera que las partes pueden pactar la sustitución de este sistema de liquidación con consignación por el de subsistencia.

(5) Así puede verse en su *Derecho Hipotecario*, tomo III, Barcelona, 1968, 6.ª edición, pág. 509. También en la 7.ª edición, 1979, pág. 569. Además, sobre esta materia, ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de Derecho privado*, 1948, I, págs. 350 y sigs.

(6) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo III, vol. III, 2.ª edición, Barcelona, 1974, pág. 512.

Llama la atención la casi total ausencia de la más mínima actitud crítica ante esta doctrina de la Dirección General, si exceptuamos la postura mantenida por CHICO Y ORTIZ, radicalmente contraria, aunque sin argumentar suficientemente su opinión (7).

No vamos a defender aquí una postura diametralmente opuesta a la de las citadas resoluciones, una postura de no necesidad de consignar para cancelar las cargas no preferentes, pero sí considero que en la doctrina de la Dirección *han quedado importantes cabos sueltos y que la cuestión dista mucho de estar resuelta*. En mi opinión, la doctrina de la Dirección, tal como aparece formulada, y por las razones que expondré, no es aceptable.

B) OBSERVACIONES PRELIMINARES

El derecho de opción de compra es aquel que faculta a su titular para optar, durante un plazo, por la adquisición de un derecho determinado. Con respecto a este peculiar derecho, conviene hacer unas observaciones preliminares que nos ayudarán a precisar y comprender con mayor claridad el tema objeto de nuestro estudio.

1. Fijación del tema

Modernamente, el contrato de opción es una figura jurídica de indudable éxito y frecuente utilización, sobre todo en el ámbito mercantil. Lo que ocurre es que se emplea la opción como instrumento polivalente para conseguir los más variados e incluso siniestros propósitos y formando parte de los contratos complejos más insospechados (8). Por ello conviene precisar el tema de nuestro estudio a través de la distinción de una serie de figuras, para las que se reivindica el nombre de opción, pero que tienen regímenes jurídicos diferentes, si no radicalmente distintos:

a) *Opción de compra y de venta*.—Basta decir que tratamos aquí de la opción de compra.

b) *Opción propia, falsas opciones y opciones ilícitas*.—Llamo opción propia a aquella que cumple la función específica de asegurar al concesionario de la opción, durante un plazo y a su elección, la cele-

(7) CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tomo II, Madrid, 1982, pág. 87. Dice este autor: «Yo entiendo que si la decisión del ejercicio de la opción es unilateral, cabe la exigencia del depósito; pero en otro caso, pagado el precio al concedente de la opción (CHICO, por error, dice 'al optante'), será él el responsable frente a los titulares de derechos reales posteriores que aceptaron la situación afectante de la opción».

(8) Sobre este tema, puede verse TORRES LANA, *ob. cit.*

bración o ejecución de un contrato traslativo (9) que, por el momento, no se desea realizar. Son figuras diferentes, opciones falsas (sin entrar ahora en el problema de su validez), la opción en garantía, o la opción que se integra en un contrato de *leasing*. Las opciones falsas suelen ser ilícitas (generalmente por vulnerar la prohibición del pacto comisorio) (10). También la opción propia puede tener una causa subjetiva ilícita, pero es mucho más raro. Aquí nos referiremos primordialmente a la opción propia.

c) *Diversidad de regímenes por razón del objeto.*—Del mismo modo que se ha dicho que no es el mismo el régimen jurídico de una finca que el de un zapato, podemos decir que todo derecho real o personal suele tener un régimen sustancialmente diverso según cuál sea el objeto sobre el que recaiga. Así, existen grandes diferencias entre la opción de compra de un inmueble, y la opción para la adquisición de un canal de televisión en un satélite de comunicaciones o la opción ínsita en una emisión de obligaciones convertibles en acciones de la propia sociedad emitente.

Circunscribimos nuestro estudio a la opción, propia, de compra de bienes inmuebles.

2. *Evolución del derecho de opción: del precontrato al derecho real*

A la concepción actual del derecho de opción se ha llegado tras una particular evolución que ha ido perfilando sus contornos y dotándolo de una mayor perfección técnica. Evolución que, a mi juicio, no ha terminado todavía y *debe concluir con el pleno reconocimiento del derecho de opción (al menos el de compra sobre inmuebles) como un verdadero derecho subjetivo, independiente del contrato originario, y, aún más, como un verdadero derecho real* (si es que en la actualidad significa algo la clásica distinción entre derechos reales y derechos personales).

La opción es un precontrato evolucionado. Inicialmente el precontrato o promesa de venta suponía la asunción por parte del promitente de la obligación de celebrar un contrato determinado, en un momento futuro y por petición del beneficiario de la promesa, mediante la emisión de una nueva declaración de voluntad. De modo que si el obligado por la promesa se negaba a cumplir la obligación asumida y a celebrar el contrato proyectado, su voluntad no podía ser suplida y la cuestión

(9) De este modo excluyo de nuestro estudio las opciones que no se refieran a contratos traslativos.

(10) *Vid.* RDGRN de 10 de junio de 1986.

se resolvía en una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Y así fue confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero es obvio que una figura jurídica así tenía una muy escasa utilidad práctica y, desde luego, no respondía al propósito práctico perseguido por las partes. Era un contrato imperfecto, tosco, rudimentario. Pero dadas las dificultades habidas para romper la inercia y considerar al precontrato como una vinculación definitiva, el paso siguiente se dio a través de un cambio de nombre: junto al precontrato surgió el contrato de opción. Fue el profesor DE CASTRO (11) el que puso de relieve que se trataba de la misma figura jurídica y que el precontrato, para ser eficaz, no puede quedar pendiente de la voluntad del promitente, sino que su esencia radica en la concesión a una de las partes de la facultad de determinar, mediante una declaración unilateral de voluntad, la vigencia inmediata de un contrato previamente determinado en su contenido (o determinable sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes) (12).

Posteriormente, el derecho de opción ha ido ganando independencia con respecto al contrato que le da origen, sobre todo con la regulación de su acceso al Registro de la Propiedad por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. En la actualidad, el derecho de opción ha alcanzado un *nomen iuris*, el reconocimiento de su eficacia real a través de la inscripción, y es una figura a caballo entre el derecho de obligaciones y el derecho de bienes. Pero, con ser importantes tales logros, creo que la mayor edad del derecho de opción sólo se alcanzará con su definitiva incorporación al régimen de los derechos reales y la ruptura de los cordones umbilicales que le atan a su contrato genético (por supuesto, hasta el límite en que todo derecho real puede quedar desligado de su causa).

3. Derecho de opción y Registro de la Propiedad

Al igual que ocurre con los demás gravámenes y derechos reales ocultos, que no publican su existencia mediante la posesión, existe una *intima relación entre el derecho de opción de compra de bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad*. Así se ha dicho (13) que el recono-

(11) En esta materia puede verse su fundamental trabajo: «La promesa de contrato: algunas notas para su estudio», en *ADC*, III-4, 1950, págs. 1133 y sigs. También, recientemente, ROMÁN GARCÍA: *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid, 1982.

(12) Quedaba fuera de juego la infructífera tesis de ROCA SASTRE, según la que el precontrato se limita a fijar las líneas esenciales del contrato futuro, obligándose las partes a proceder a su definitiva determinación.

(13) Sobre este punto puede verse el escueto, pero personal y jugoso, *Curso de derechos reales*. Tomo II, 1.ª edición, 1987, de J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, páginas 91 y sigs.

cimiento de eficacia real al pacto de retroventa parece ligado a la reforma hipotecaria de 1866, y que la categoría de los llamados derechos reales de adquisición preferente, que ni la historia ni el Derecho comparado conocen como dogmática unitaria, adquiere consenso con la introducción del actual artículo 14 del Reglamento Hipotecario de 1947 y en base a la elaboración hipotecarista, en especial de ROCA SASTRE (14).

La importancia del Registro de la Propiedad y su íntima conexión con el derecho de opción de compra de inmuebles se manifiestan en tres tipos de cuestiones:

a) En que sólo a través de la inscripción puede alcanzar el derecho de opción su *plena efectividad «erga omnes»*.

b) En que sólo a través del Registro pueden ser tenidos en cuenta y protegidos los *derechos de todos los posibles titulares* de derechos o cargas recayentes sobre el inmueble objeto de la opción.

c) En que sólo la intervención del Registrador permite *depurar, hasta cierto punto, los abusos* que tradicionalmente pretenden ocultarse tras la figura de la opción (préstamos usurarios y vulneración del pacto comisorio). Se consigue con ello atenuar el recelo que desde siempre ha despertado la figura y prevenir y evitar litigios inútiles.

C) JUSTIFICACIÓN DEL PLAN DE EXPOSICIÓN

El presente trabajo tiene su pequeña historia. La cosa arranca de la reforma del Reglamento Hipotecario por Real Decreto de 21 de diciembre de 1983, que dio nueva redacción al artículo 355, cuyo párrafo primero dice así: «Mediante petición expresa y por escrito en la solicitud de certificación o a continuación de la ya expedida, podrá solicitarse que el Registrador emita un breve informe no vinculante, explicativo de la situación jurídico-registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral de conformidad con los datos aportados por el solicitante, o bien sobre el alcance de una determinada calificación registral.» La introducción de esta norma la justifica el preámbulo del citado Real Decreto diciendo que «parece conveniente potenciar la función del Registrador... aprovechando el carácter de profesional del Derecho del Registrador para la emisión de informes explicativos de la situación registral de las fincas o derechos inscritos».

(14) Aparte de la obra de ROCA, se publicaron por aquellas fechas, sólo en la RCDI, los trabajos de URIARTE BERASATEGUI: *El derecho real de opción y el Registro de la Propiedad*, 1950, pág. 461; MEZQUITA DEL CACHO: *El derecho de opción y el pacto que lo origina*, 1951, págs. 73, 161 y 258; TIRSO CARRETERO: *Opción de compra del arrendatario y el Registro*, 1958, pág. 862. También NAVARRO AZPEITIA: *El derecho de opción en el Registro de la Propiedad*, Colegio Notarial de Valencia, 1951, págs. 165 y sigs., etc.

De esta forma, y a través de un precepto paralelo al artículo 1.º del Reglamento Notarial, se regula la posibilidad de que los interesados puedan solicitar y obtener por escrito un consejo o asesoramiento jurídico cualificado que, de hecho, se ha venido prestando en la práctica desde siempre de forma verbal (15). De acuerdo con este artículo, me fue solicitado un dictamen o informe por una Entidad local preocupada por la dificultad de obtener la cancelación de determinadas cargas ulteriores a un derecho de opción inscrito y ejercitado por dicha Entidad, si nos ateníamos a los criterios sentados por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982. El informe fue emitido y entregado el 12 de mayo de 1987, pero inmediatamente después llegó a mi poder la Resolución de 10 de abril de 1987 que vuelve a incidir en el tema examinado. Por ello, el estudio que sigue está dividido en dos partes:

1. En la primera parte se recoge literalmente el informe o dictamen emitido en mayo del ochenta y siete, sin más retoque que la ocultación de nombres y datos impuesta por la discreción.

2. En la segunda parte comentaré la Resolución de 10 de abril de 1987, y aprovecharé para exponer mi opinión sobre el tema en los puntos no tratados suficientemente en el dictamen.

PRIMERA PARTE

DICTAMEN

sobre la situación registral y procedimiento para la cancelación de las anotaciones de embargo A y B que gravan la finca registral 0000, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

SUPUESTO DE HECHO.—La situación registral de la finca 0000 en lo que ahora nos interesa es, resumidamente, la siguiente

1. Inscripción 11.ª de *propiedad* a favor de la Sociedad «Clínica V., S. A.», por título de aportación a la sociedad.

2. Inscripción 13.ª de *hipoteca* constituida por la Sociedad «Clínica V., S. A.», a favor de la Caja de Ahorros Provincial de T., para garantizar la cantidad de 15.000.000 de pesetas de principal, 8.550.000

(15) AVILA ALVAREZ, P., en su comentario al citado artículo 355 del Reglamento Hipotecario, incluido en su libro *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*.

pesetas de intereses de tres años, 3.000.000 de pesetas para costas y gastos y 427.500 pesetas del Impuesto de Tráfico de Empresas.

3. Inscripción 15.^a de derecho de *opción de compra* constituido por la Sociedad «Clínica V., S. A.», a favor de la Sociedad «R., S. A.» El precio de compra se fija en 15.200.000 pesetas, de las cuales 200.000 pesetas se confiesan recibidas como precio de concesión de la opción, y los restantes 15.000.000 de pesetas serán satisfechos mediante la asunción del pago del crédito garantizado por la hipoteca reseñada o, si dicho crédito hipotecario estuviese total o parcialmente pagado, mediante la asunción del pago de la cantidad pendiente y el pago directo del resto.

4. Anotación A de *embargo* en favor del Estado sobre la titularidad de «Clínica V., S. A.», para garantizar 3.736.346 pesetas por principal, recargos y costas, por el concepto de Sociedad y Tráfico de Empresas.

5. Anotación B de *embargo* en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre la titularidad de la Sociedad «Clínica V., S. A.», para garantizar las responsabilidades del deudor dicha «Clínica V., S. A.», por el concepto de Cuota patronal y por un importe de 2.206.373 pesetas por principal, recargos y costas.

6. Inscripción 17.^a de *transmisión del derecho de opción de compra* por parte de su titular a favor del Ayuntamiento de T., que se subroga en la posición de su transmitente. Como es sabido, el nuevo titular goza de la misma prioridad sustantiva y registral que su causante, teniendo preferencia sobre las anotaciones de embargo reseñadas.

7. Inscripción 18.^a de *propiedad* a favor del Ayuntamiento de T. por título de ejercicio de su derecho de opción de compra. El pago del precio se realiza mediante la asunción por la parte compradora del pago del crédito hipotecario de que es titular la Caja de Ahorros Provincial de T. hasta la cantidad de los 15.000.000 de pesetas pactadas.

Con estos antecedentes, nos toca determinar cuál es el régimen jurídico aplicable para la cancelación de las anotaciones de embargo no preferentes a un derecho de opción de compra inscrito, tras el ejercicio de este derecho. Resolver este problema, huérfano de regulación positiva, exige examinar las siguientes cuestiones:

A) EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA RESPECTO DE LOS DERECHOS REALES, CARGAS Y GRAVÁMENES INSCRITOS CON POSTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN

La Ley calla sobre este punto y ello nos obliga a decidírnos por uno de los dos sistemas posibles: Primero, el sistema de *subsistencia* de tales derechos, cargas o gravámenes, de modo que el ejercicio de la opción no les afecta, si bien su valor o importe debe ser deducido del precio de la compra a satisfacer por el optante. Segundo, el sistema de *liquidación* de dichos derechos, cargas o gravámenes, que quedan automáticamente extinguidos con el ejercicio de la opción. Este es el sistema que mejor se aviene a las características de nuestro Derecho y el mayoritariamente seguido por la doctrina jurídica, científica y jurisprudencial, de nuestro país.

La elección de este segundo sistema liquidatorio implica que *el optante recibe la finca adquirida en la misma situación jurídica en que se encontraba* al tiempo de inscribir su derecho de opción o, como dice el artículo 1.520 del Código Civil, que regula un supuesto de gran analogía con el que nos ocupa, prestando apoyo legal suficiente para justificar la elección de este sistema extintivo, el optante recibirá la finca libre de toda carga e hipoteca impuesta por el concedente de la opción o su causahabiente. Podrá, por tanto, desconocer las cargas impuestas sobre la finca después de inscrito su derecho.

Presupuesto que el ejercicio de la opción extingue los derechos reales, cargas y gravámenes no preferentes, procede la cancelación registral de sus asientos, pero previamente debe darse respuesta a un segundo interrogante.

B) ¿TIENEN LOS TITULARES DE TALES DERECHOS REALES, CARGAS O GRAVÁMENES NO PREFERENTES ALGÚN DERECHO SOBRE EL PRECIO SATISFECHO POR EL OPTANTE?
Y ¿TIENEN ALGUNA GARANTÍA REGISTRAL PARA SU COBRO?

La doctrina mayoritaria y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982 parecen responder afirmativamente a ambas cuestiones en base, entre otros, a los siguientes argumentos fundamentales:

Primero.—Aplicación analógica de las normas que regulan los derechos reales de garantía y concretamente su ejecución. De entre éstas se citan los artículos 131, regla 17.^a, de la Ley Hipotecaria, 1.518 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil y 235, regla 9.^a, del Reglamento Hipotecario, que vienen a establecer que, después de pagado el crédito del actor ejecutante, el sobrante, si lo hubiere, del valor obtenido por la venta forzosa de la finca, no se entregará al propietario que haya soportado la ejecución, sino que se consignará en un establecimiento público a disposición de los acreedores no preferentes o, en general, de los titulares que pudieran tener derecho a él.

Segundo.—Aplicación analógica del artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario, interpretado en el sentido de que para cancelar derechos reales, cargas o gravámenes constituidos por el titular de un derecho resoluble o, en general, que gravan un derecho resoluble sobre un bien inmueble, es requisito necesario acreditar que el titular del derecho de resolución no ha entregado el importe que proceda devolver al titular de aquel derecho, sino que lo ha consignado en un establecimiento bancario o Caja Oficial a disposición de aquellos titulares de derechos reales, cargas o gravámenes extinguidos.

Frente a estas opiniones cabe alegar lo siguiente:

1. *Falta de disposición sustantiva*

Desde el punto de vista civil sustantivo, haciendo abstracción de las normas registrales, *no existe ninguna disposición que otorgue a los titulares de derechos reales, cargas o gravámenes sobre derechos resolubles una preferencia o garantía sobre el precio o valor del derecho que gravan* para el caso de que éste quede resuelto y sus derechos extinguidos, ni que imponga al titular resolvente ninguna obligación de consignar el precio o valor que deba entregar para obtener la resolución. Lo que sí se establece, en cambio, y es importante subrayarlo, es que la resolución, por cualquier causa, del contrato *obliga a las partes a restituirse* lo que hubieran recibido, a salvo lo particularmente convenido al efecto (artículos 1.123, 1.295 y 1.303 del CC), de modo que esta recíproca restitución debe hacerse simultáneamente (art. 1.308 del CC). La idea de una preferencia o garantía de los titulares de derechos reales, cargas o gravámenes sobre el importe a restituir *surge en el ámbito registral* sobre la base de la publicidad que da el Registro a tales derechos y cargas y a la existencia de un Registrador que puede controlar el cumplimiento de esa supuesta obligación de consignar. El apoyo legal se encuentra en el artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario, al que conviene referirse someramente.

2. *Oscuridad de la disposición reglamentaria y principio de legalidad*

Dice el artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario: «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto. Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación.»

La importancia de esta norma corre pareja con lo desafortunado de su redacción. Así, no queda suficientemente claro cuál es el supuesto de hecho que pretende regular, ni cuál es la consecuencia jurídica que debe seguir a la realización de aquél. En relación con el supuesto de hecho, la interpretación habitual sostiene, como hemos visto, que el párrafo 1.º de esta norma se refiere a las segundas o posteriores transmisiones del dominio previamente gravado de resolución. Y la consecuencia jurídica es la de que para garantizar los intereses de los titulares que ven extinguidos sus derechos, no cabe cancelar sus inscripciones si no se acredita que la cantidad a pagar por la resolución ha sido consignada a su favor. Esta interpretación es posiblemente exacta y acorde con lo que quiso establecer el legislador. Sin embargo, son muchas las objeciones que pueden oponérsele, y, entre ellas, que un precepto reglamentario y procedimental no es el lugar adecuado para establecer unas obligaciones y garantías que no resultan de previos preceptos sustantivos.

En este sentido, sin forzar demasiado la norma, cabe hacer otra interpretación más respetuosa con el principio de legalidad. Hay que partir de la base que el artículo 175 del Reglamento Hipotecario regula el procedimiento que debe seguirse para, sin el consentimiento del titular registral respectivo, practicar la cancelación de aquellas inscripciones o anotaciones cuyos derechos publicados estén previamente extinguidos, desarrollando así, como dice el propio artículo, el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Y en concreto, el párrafo 1.º de la regla 6.^a cabe pensar que se refiere a la cancelación de las inscripciones de transmisión de inmuebles sujetas, tales propias transmisiones, a condición o causa de resolución. Y no a las transmisiones ulteriores del derecho resoluble. Así se observa que el artículo dice literalmente que «las ins-

cripciones de venta... podrán cancelarse... presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta...». La Ley, en los dos casos que emplea (por cierto, con expresión excesivamente reduccionista) la palabra «venta», se refiere a la misma venta. Y específicamente a la venta *que se anula o rescinde* y no a las ventas o transmisiones posteriores alcanzadas y afectadas por esta nulidad o rescisión. Se observa además que dice «y que se ha consignado... el valor... o el importe... que... haya de ser devuelto». La Ley no dice lo más importante, lo que despejaría toda duda sobre la intención del legislador: en favor de quién se han de consignar tales cantidades. Importa destacar que no se emplean aquí expresiones equivalentes a las utilizadas por el artículo 235, regla 9.^a, del propio Reglamento Hipotecario o 131, regla 17.^a, de la Ley Hipotecaria, sino que, por el contrario, se utiliza la palabra *devuelto*, que nos pone sobre la pista de que *la consignación ha de hacerse en favor de quien haya pagado o entregado dichas cantidades*. Según esta interpretación, la consecuencia jurídica es perfectamente lógica: se trata de que para dar cumplimiento al principio básico de restitución simultánea de las prestaciones que se deduce de los artículos 1.123, 1.295, 1303 y 1.308 del Código Civil, el titular del derecho de resolución no puede obtener la inscripción de dicha resolución, sin el consentimiento del titular del derecho resoluble, a menos que acredite haber consignado a su disposición aquello que, por su parte, esté obligado a devolver.

En realidad, y sin entrar en esta cuestión, que nos llevaría muy lejos, la devolución deberá hacerse en la práctica en muchas ocasiones al titular actual, aunque sea un adquirente posterior del bien sujeto a resolución. Así, en el supuesto típico de venta con condición resolutoria en garantía del precio aplazado, la devolución corresponderá al adquirente posterior si, como es lógico, ha asumido la deuda con consentimiento del acreedor; e incluso, según creo, si lo ha hecho tan sólo con su conocimiento. Pero no parece que le sea exigible al acreedor la diligencia de averiguar por sí mismo que ha surgido un nuevo titular que nada le ha comunicado y que, además, incumple su obligación de pago con igual silencio. Y quizá el párrafo 1.º de la regla 6.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario está pensando en estos supuestos en que la devolución ha de hacerse al propietario actual. Pero todo esto no cambia el sentido de la consignación que acabamos de exponer; simplemente pone de relieve que la situación de los adquirentes del dominio sujeto a resolución es muy diferente a la de los titulares de derechos reales limitados, al menos si no se adoptan las precauciones a que luego nos referiremos.

Esta conclusión tiene una influencia decisiva en la interpretación del párrafo 2.º de la regla 6.^a del artículo 175 del Reglamento Hipote-

cario, por cuanto supone que para practicar la cancelación de los derechos reales, cargas o gravámenes que recaigan sobre derechos resolubles bastará acreditar que se ha consignado el importe que deba ser restituido a disposición del titular del derecho resoluble gravado (no de los titulares de los gravámenes) o bien bastará que concurra el consentimiento de este titular para la cancelación de su derecho conforme al artículo 82, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, pudiendo entonces ser cancelados los gravámenes sin consentimiento de sus titulares y sin necesidad de cumplir ningún otro requisito especial.

3. *Falta de analogía con la purga de gravámenes resultante de la ejecución de una garantía real preferente*

Existen más argumentos en favor de esta solución de no necesidad de consignar para cancelar cargas no preferentes. Porque *no existe verdadera analogía* entre la situación de las cargas y gravámenes extinguidos por la resolución del derecho gravado y las cargas y gravámenes purgados por la ejecución de una garantía real preferente (art. 131, regla 17.ª, de la Ley Hipotecaria; 235, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario, y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La analogía quiebra fundamentalmente por la *diferencia esencial que existe entre el procedimiento para ejercitar el derecho de resolución, que tiene lugar sin la intervención judicial o de funcionario público alguno, y los procedimientos de ejecución de las garantías reales, que tienen lugar con intervención judicial o notarial*. En este último caso, la obligación de consignar las cantidades sobrantes no parece perjudicar, prácticamente no afecta, al adjudicatario de la finca, puesto que éste se limita a entregar el precio convenido, siendo advertido por el Juez o Notario interviniente de la necesidad de dicha consignación. Mientras que en el primer caso se impone al titular del derecho de resolución, titular registral preferente, la carga de diligencia no sólo de conocer la norma jurídica, y en este caso de su aplicación analógica, sino de consultar el Registro para comprobar si existe alguna carga o gravamen no preferente y consignar lo que proceda a su disposición. Hay que tener en cuenta que cuando el documento llega al Registro, la resolución y consiguiente extinción de gravámenes no preferentes ya se ha producido y, posiblemente, devueltas las cantidades que debían ser restituidas al que las entregó. ¿Qué solución le queda al que actuó de buena fe aunque ignorante de sutiles analogías jurídicas, para adecuar el contenido del Registro a la realidad extraregistrar? ¿Soporta algún tipo de responsabilidad subsidiaria en favor de los titulares de gravámenes no preferentes? Evidentemente, no. Parece lógico concluir que sería deseable establecer para estos casos una

regulación similar a la establecida para la ejecución de las garantías reales en justa defensa de los intereses de los titulares de gravámenes no preferentes, pero para que esta protección fuera exigible son necesarias unas normas claras y, sobre todo, un procedimiento de *notificación* de la obligación de consignar a quien corresponda. Sobre esta cuestión volveremos en seguida al tratar en concreto de la extinción de cargas por el ejercicio de una opción de compra inscrita.

4. *Falta de analogía con el supuesto de derechos resolubles y analogía con el retracto convencional*

En el caso concreto de ejercicio de un derecho de opción existen algunas características diferenciales que hacen inaplicable el artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario, aun interpretado conforme a la tesis mayoritaria. En primer lugar porque no existe una clara analogía entre el supuesto de bienes sujetos a causa de resolución y bienes sujetos a opción, por cuanto en el primer caso *la resolución efectiva tiene carácter excepcional* y opera normalmente como garantía de un hipotético incumplimiento contractual, de modo que la situación de los titulares de gravámenes sobre el derecho resoluble es más firme y sus expectativas son más fuertes en el sentido de que la resolución probablemente no se producirá. La resolución es un resultado que no es querido ni buscado por el que la insta, y éste puede fácilmente imaginar que con su actuación puede perjudicar aquellas claras expectativas que pudieran haberse creado. Por el contrario, en el caso de bienes sujetos a opción, ésta es un valor que ingresa en el patrimonio del optante y al que no es probable que renuncie, de modo que lo normal es que la opción se ejercite o se ceda a un tercero para que sea éste el que la ejercite. Es obvio que las expectativas de los titulares de gravámenes sobre bienes cuya venta está casi podríamos decir que comprometida son más débiles y que al optante le es más difícil imaginar que con el ejercicio de su derecho puede perjudicar el interés de nadie. Ahora bien, la cuestión *cambia radicalmente cuando, como es relativamente frecuente, la opción de compra es una simulación que esconde un fin de garantía* y, muchas veces, una vulneración del principio prohibitivo del pacto comisorio. No obstante, tal operación no puede presumirse si no resulta de la escritura y, en todo caso, sus efectos más perniciosos (el fraude de Ley) pueden evitarse exigiendo el consentimiento del concedente de la opción en el momento de su ejercicio (a pesar de alguna Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que admite el ejercicio unilateral con consignación del precio).

En segundo lugar, la opción de compra *guarda auténtica analogía con el llamado retracto convencional*, que es aquel derecho que se reserva el vendedor para readquirir la cosa vendida, hasta el punto que puede decirse que este derecho de retracto no es más que una modalidad de opción de compra específicamente regulada. Y respecto a este derecho sí que existen unas normas nítidas que son íntegramente aplicables a la opción de compra, como son el artículo 1.518 del Código Civil, que viene a justificar la exigencia de la consignación del precio *en favor del concedente de la opción* para cancelar unilateralmente su derecho (si es que admitimos esta cancelación unilateral); el artículo 1.520 del propio Código Civil, según el cual «el vendedor que recobre la cosa vendida la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador...», siendo importante constatar que este artículo no impone al retrayente ningún tipo de obligación para con los titulares de cargas, de forma paralela a como lo hace el artículo 1.518 para con el propietario. Y no cabe duda de que si el legislador hubiera querido establecer algún derecho sobre el precio del retracto en favor de los titulares de cargas, este era el lugar adecuado. Y el artículo 175, regla 6.^a, hubiera sido su traducción al campo registral. Pero el silencio del legislador deja al artículo 175, regla 6.^a, en el vacío y se alinea con la tesis de que el retrayente (o el optante) puede desconocer limpiamente las cargas no preferentes.

Finalmente, sobre todo, en lo que aquí nos interesa, está el artículo 107, párrafo 7.º, de la Ley Hipotecaria que viene a establecer que no cabe constituir hipoteca sobre bienes sujetos a retracto si no se da conocimiento de la misma al vendedor a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial. Quizá también es posible hipotecar bienes sujetos a retracto sin cumplir estos requisitos, pero entonces la hipoteca *se extinguirá si el retracto llega a ejercitarse, sin que pueda exigirse al retrayente ningún tipo de consignación* y sin que el acreedor hipotecario ostente ningún derecho sobre el precio pagado para retraer. Ni el acreedor hipotecario ni, por supuesto, posibles titulares posteriores de gravámenes. Así pues, parece que para que los titulares de anotaciones de embargo u otros gravámenes sobre bienes sujetos a opción pudieran exigir al optante algún tipo de responsabilidad sería preciso *que le hubieran dado conocimiento* de la constitución de sus derechos a fin de que no entregue el precio de la opción al concedente de la misma, sino que lo consigne a su favor. La notificación es requisito imprescindible para que surja la obligación de consignar. Este es, además, el principio general que se deduce del artículo 1.165 del Código Civil según el cual «no será válido el pago hecho al acreedor

por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda».

Obsérvese además la distinta redacción del artículo 107, párrafo 10, de la Ley Hipotecaria, que dice simplemente que podrán también hipotecarse «los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante». Esta diferente regulación de los números 7.º y 10 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria parece que sólo es explicable por el carácter excepcional de la resolución frente al carácter frecuente de ejercicio de la opción e incluso del retracto a que antes nos hemos referido: la Ley ni se plantea que puede hipotecarse un bien sujeto a retracto sin asegurar una garantía subsidiaria sobre el precio. Y la exigencia de dar conocimiento de la hipoteca al vendedor tiene una lógica explicación que también antes hemos señalado: la no intervención de funcionario judicial o notarial alguno en el momento del ejercicio del retracto o de la opción.

5. Falta de sobrante

Finalmente, en el caso concreto que nos ocupa concurre una *circunstancia añadida* que por sí sola es suficiente para justificar la no necesidad de consignar el precio de la opción a disposición de los titulares de anotaciones u otros gravámenes sobre los bienes sujetos a opción para la cancelación de sus derechos. Y es que en este caso el precio de compra de la finca por ejercicio de la opción, quince millones de pesetas, no se entrega al concedente de la misma, sino que se destina íntegramente al pago de un crédito hipotecario *preferente* a las anotaciones de embargo cuya cancelación se pretende, de modo que *no hay nada que consignar y, de hecho, tampoco hay el sobrante o exceso* de que hablan los artículos 131, regla 17.ª, de la Ley Hipotecaria; 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 235, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario.

COMO CONCLUSION de todo lo anterior podemos decir que las anotaciones de embargo A y B de la finca 0000 han quedado extinguidas por el ejercicio de la opción de compra por parte del Ayuntamiento y que no existe ningún obstáculo que se oponga a la inscripción de dicha adquisición por opción, ya practicada, ni a la cancelación de las referidas anotaciones. Pero esta cancelación nos plantea una nueva cuestión que pasamos a examinar.

C) ¿CUÁLES SON LOS DOCUMENTOS NECESARIOS PARA CANCELAR LAS ANOTACIONES DE EMBARGO ORDENADAS POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y QUE HAN QUEDADO EXTINGUIDAS POR CIRCUNSTANCIAS QUE CONSTAN EN EL PROPIO REGISTRO?

La cuestión consiste en determinar si estas anotaciones sólo pueden cancelarse por nuevo mandamiento administrativo dictado a instancia de persona interesada o si, por el contrario, el mandamiento cancelatorio es innecesario, bastando la simple solicitud del interesado que normalmente se producirá al tiempo de solicitar la inscripción de su derecho, presentando el documento correspondiente, conforme al artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario (y previa consignación en los casos en que sea necesaria). En este sentido, ya hemos dicho que el artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario es desarrollo reglamentario del artículo 82, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, y este artículo se refiere a la cancelación de inscripciones o anotaciones hechas en virtud de escritura pública. La cancelación de las hechas en virtud de mandamiento judicial, que a estos efectos se equiparan a las hechas en virtud de mandamiento administrativo (art. 132 de la LGT), se regula en el artículo siguiente, 83, que establece en su párrafo 1.º: «Las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria», es decir, por resolución firme seguida del correspondiente mandamiento dirigido al Registrador.

No obstante, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 1961 entendió que cuando las anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial (o administrativo podríamos añadir) quedasen extinguidas por circunstancias que consten en el mismo Registro, como ocurre en el presente caso, en el que se practicaron dos anotaciones de embargo sobre finca sujeta a opción de compra, «la providencia ejecutoria que para la cancelación impone como regla general el artículo 83 de la Ley Hipotecaria es innecesaria, dado el contenido especial del artículo 175, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario, sin duda fundado en que su obtención sería superflua y dilatoria». Pero el que suscribe no puede estar de acuerdo con esta solución ni con los argumentos en que se funda. En primer lugar, porque no existe suficiente base legal que la sustente, ya que la Ley es clara y terminante, y el Reglamento, que no podría ir contra aquélla, tampoco lo pretende, pues dice claramente la frase inicial del artículo 175 que «en consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley...». No se refiere, por tanto, ni especifica para nada el supuesto distinto regulado en el artículo 83 de la Ley Hipotecaria. Y en segundo lugar,

porque lo que sería superfluo y dilatorio, además de contrario a toda lógica, es que se cancelen las anotaciones de embargo decretadas en el curso de procedimientos ejecutivos sin que se enteren las autoridades que las ordenaron, que, por tanto, podrían continuar con unas actuaciones y realizar unas subastas que no van a tener ninguna validez.

Así pues, sería deseable que se regulara la posibilidad de cancelar las anotaciones judiciales y administrativas extinguidas por virtud de causas que constan en el mismo Registro por la simple solicitud de inscripción del documento que produce su extinción, *siempre que se acreditara que se ha dado conocimiento de esta circunstancia a la autoridad que las decretó*. Pero mientras no exista esta previsión legal, parece preferible exigir el mandamiento para la cancelación a fin de forzar al particular interesado a solicitarlo para liberar su titularidad de esa apariencia de gravamen. Porque aunque el optante sepa que la inscripción de una hipotética adjudicación consecuencia de la ejecución de los embargos anotados no va a prosperar, no cabe duda que las anotaciones no canceladas «ensucian» su propiedad y pueden perjudicar su crédito o su confianza respecto de terceros. Lo cual nos lleva a la última de las cuestiones que interesa examinar.

D) ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN JURÍDICA RESULTANTE DE LA INSCRIPCIÓN DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA SIN CORRELATIVA CANCELACIÓN DE LAS ANOTACIONES DE EMBARGO NO PREFERENTES?

En realidad, esta situación, aunque no demasiado ortodoxa, no es excepcional. Así, por ejemplo, es muy similar, si no idéntica, a la que puede producirse, y de hecho se produce con relativa frecuencia, en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, del que resultan dos títulos diferentes: para practicar la inscripción a favor del adjudicatario basta presentar el *testimonio* del auto judicial correspondiente, mientras que para cancelar las inscripciones y anotaciones no preferentes, e incluso la inscripción de la propia hipoteca ejecutada, se requiere el oportuno *mandamiento* judicial (art. 131, regla 17.^a, de la LH). Nada impide practicar aquella inscripción sin estas correlativas cancelaciones (por ejemplo, porque sólo se presenta el testimonio del auto, o porque el mandamiento simultáneamente presentado adolece de algún defecto).

En estos supuestos hay que entender que las anotaciones de embargo, no obstante no estar formalmente canceladas, han quedado extinguidas por obra de la inscripción derivada del asiento preferente y carecen de toda virtualidad, de modo que *si se presenta al Registro el docu-*

mento de adjudicación de la finca embargada será calificado negativamente.

CONCLUSIONES

1. El problema objeto del presente dictamen no se encuentra regulado ni por la Ley Hipotecaria, ni por su Reglamento, ni por otra norma positiva alguna y constituye una de las cuestiones más controvertidas que exigen una inmediata solución legislativa, como ya pusieron de relieve las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982.

2. Las anotaciones de embargo A y B han quedado extinguidas por el ejercicio de la opción. La posible adjudicación resultante del procedimiento ejecutivo en que se ordenó su práctica es ineficaz y no puede tener acceso al Registro de la Propiedad.

3. Para cancelar dichas anotaciones A y B se requiere el oportuno mandamiento administrativo, no siendo aplicables los preceptos hipotecarios que regulan la llamada «cancelación automática».

4. Para decretar y practicar, respectivamente, la cancelación, ni la autoridad administrativa ni el Registrador deben exigir al optante que acredite haber realizado la consignación a que se refiere el artículo 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario.

Tortosa, 12 de mayo de 1987.

SEGUNDA PARTE

I. LA RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 10 DE ABRIL DE 1987 (BOE DE 5 DE MAYO DE 1987)

Probablemente el problema fundamental a que se enfrenta la Resolución de 10 de abril de 1987 sea la determinación de la cuestión jurídica a resolver, cosa que suele hacer la Dirección en los primeros párrafos o considerandos. Más que en la declaración de la consecuencia jurídica, el problema consiste en la fijación del supuesto de hecho a través de la difícil interpretación del negocio jurídico cuya inscripción se solicita y del previo negocio inscrito en que se basa. Sin embargo, a nosotros no nos interesa tanto examinar el acierto o desacierto con que la Dirección resuelve esta ardua tarea, cuanto juzgar las soluciones

jurídicas que da a la cuestión una vez fijada. Además, lo cierto es que con los solos datos que resultan de la Resolución, no es posible pretender realizar un análisis serio de los citados negocios. Por ello, me limitaré a exponer a continuación el supuesto de hecho tal como creo que queda fijado por la Dirección, según se deduce del conjunto de la Resolución (hechos y fundamentos de Derecho). Después expondré la doctrina de la Dirección, que es a la que ceñiré mi comentario.

A) SUPUESTO DE HECHO

Tal como lo interpreta la Dirección, sería el siguiente:

1. Por escritura de fecha 16 de enero de 1981, «Hierros y Aceros de Santander, S. A.», *vendió* dos solares por un *precio X*, cuya exigibilidad queda aplazada a un momento posterior al previsto para ultimar la edificación de sendos edificios que el comprador se obliga a construir sobre dichos solares.

2. A su vez, el comprador concedió a la entidad vendedora un derecho de *opción de compra* sobre una serie de departamentos (cuatro viviendas, cuatro garajes y un local) de uno de los edificios.

3. Y todo ello de tal modo entramado que se produce una especie de negocio complejo de cambio de obra por solar con garantía, de especiales características, que la Dirección interpreta entendiéndolo que la *contraprestación* asumida por el comprador por la adquisición de los solares consiste *alternativamente*, a elección de la Entidad enajenante: a) o bien en una cantidad que se fija como precio de uno y otro solar; b) o bien en los locales y viviendas sujetos al derecho de opción e individualmente valorados, de modo que el importe de todos ellos equivale al precio total de los solares; c) o bien, en una combinación de las prestaciones anteriores, es decir, en alguno o algunos de los locales o viviendas construidos, valorados por el valor que a cada uno se le asigna en la escritura, completando en efectivo el pago del valor o precio restante. De todo ello resulta que el negocio escriturado puede consumarse, a elección de la entidad vendedora de los solares, como una simple venta, si no se ejercita ninguna opción de compra, un cambio de obra por solar, si se ejercitan la totalidad de las opciones, o un cambio con pago del sobreprecio de los solares en efectivo, si sólo se ejercitan algunas de las opciones.

4. Con posterioridad a la inscripción en el Registro de la referida escritura de 16 de enero de 1981 se practicaron diversas anotaciones de embargo sobre la titularidad registral del comprador-constructor y, en concreto, sobre los locales sujetos al derecho de opción de compra.

5. Finalmente, «Hierros y Aceros de Santander, S. A.», ejerció las opciones correspondientes a algunos departamentos que le fueron vendidos por escritura de 25 de octubre de 1984. En esta escritura se venía a decir, de forma impropia según la interpretación de la Dirección que acabamos de pergeñar, que nada debía abonar el optante, sino que, conforme a lo pactado en la anterior escritura de 16 de enero de 1981, el precio se hace efectivo mediante *compensación* con el precio aplazado de la compraventa del solar. Y se solicita del Registrador la cancelación de todas las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la inscripción de la opción que se ejercita.

6. Presentada la mencionada escritura en el Registro se deniega la práctica de los asientos solicitados, señalándose, entre otras cosas y en lo que aquí nos interesa, que: «No procede la práctica de las cancelaciones solicitadas, por cuanto: A) No se acredita la consignación en favor de los titulares de derechos cuya cancelación se solicita, del precio de los pisos sobre los que se ejercita la opción (arts. 175, 6, y 180 del Reglamento Hipotecario). B) Y no cabe la cancelación de asientos ordenados por la autoridad judicial, sino en base a los correspondientes mandamientos judiciales, expedidos por Juez competente (arts. 83 y 84 de la LH y 174 y 180 de su Reglamento).

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

La Dirección, tras realizar la difícil interpretación referida, estableciendo las conclusiones arriba reseñadas, señala, con razón, que no puede hablarse en sentido técnico de que exista una verdadera compensación como modo de extinguirse las obligaciones (cuestión esta que era una de las claves sobre las que había versado la discusión). Sobre esta base sienta la siguiente doctrina:

1. No existe el primer defecto que se acusa en la nota de calificación (no acreditarse la consignación, en favor de los titulares de derechos cuya cancelación se solicita, del precio de los departamentos sobre los que se ejercita la opción), ya que de la inscripción del derecho de opción resulta que la entidad que lo ejercita nada había de pagar porque, con la entrega de los solares, *su prestación estaba agotada*.

«El presente supuesto», añade, «de resolución de gravámenes ulteriores sin necesidad de consignación de cantidad alguna, es uno más entre los muchos que son posibles conforme a nuestro ordenamiento. Así ocurre cuando extinguido el plazo del derecho temporal de superficie, el propietario del suelo hace suya la edificación, llevada a cabo en cumplimiento de lo pactado (cfr., por ejemplo, art. 173 de la Ley

del Suelo). Y así ocurre en otros muchos casos: Donación con reserva de la facultad de disponer (cfr. Resolución de 23 de octubre de 1980), reversión de donaciones, revocación de donación por incumplimiento de cargas inscritas (cfr. arts. 647 del CC y 37, 2.º, de la LH), ejercicio de la condición resolutoria explícita por impago del precio totalmente aplazado, ejecución, judicial o extrajudicial, de hipoteca preferente cuando no queda efectivo sobrante, etc.»

2. No existe tampoco el segundo de los defectos denunciados en la nota de calificación (falta del correspondiente mandamiento judicial, imprescindible para la cancelación de asientos ordenados por autoridad judicial), ya que *«no hay que olvidar cuál es el derecho embargado, que es sólo el que sobre los pisos o locales tiene el constructor, quedando a salvo, expresamente, en cada anotación, el derecho que sobre ellos tiene la entidad transmitente, es decir, el derecho de adquisición inscrito con anterioridad a los embargos. Cuando el artículo 83 de la Ley Hipotecaria dispone que las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria, y que si los interesados no convinieren en la cancelación, acudirán al Juez, se está refiriendo exclusivamente al derecho embargado y a los titulares de este derecho y de la anotación, y estas cautelas legales en nada afectan al desenvolvimiento sustantivo y registral de los derechos de terceros dejados a salvo en el embargo (...), de modo que la cancelación del embargo es sólo una inevitable consecuencia de la extinción del derecho embargado y que lógicamente puede practicarse, aun cuando no se presente el mandamiento judicial ordenando la cancelación. Así se resuelve, expresamente, para las anotaciones, por el artículo 210 del Reglamento Hipotecario y, para diferentes supuestos, por los artículos 175, 1.ª y 6.ª; 206, 10, y 235, 10, del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 3 de junio de 1961 (ejercicio de la acción resolutoria en caso de condición resolutoria explícita) y 28 de septiembre de 1982 (ejercicio del derecho de opción)»*.

A continuación examinaremos separadamente los dos problemas abordados por la Dirección: el problema de la consignación en favor de los titulares de gravámenes no preferentes y el problema de la necesidad de mandamiento judicial para cancelar los asientos ordenados por la autoridad judicial.

II. EL PROBLEMA DE LA CONSIGNACION EN FAVOR DE LOS TITULARES DE GRAVAMENES NO PREFERENTES

A) LA SOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL: LA REGLA DE LA NECESIDAD DE LA CONSIGNACIÓN Y SUS LÍMITES NATURALES

De acuerdo con los datos que resultan de la Resolución, la interpretación que hace la Dirección General del negocio escriturado, de venta con precio aplazado más opción y demás disposiciones relativas a la forma de pago del precio de los solares, como un *negocio único complejo y global que incluye una contraprestación alternativa*, entiendo que es la correcta. Y, sobre esta base, la doctrina que sienta de no precisarse ningún tipo de consignación para practicar las cancelaciones solicitadas es igualmente acertada y la única posible.

Efectivamente, los titulares de las anotaciones de embargo sobre los derechos del constructor no pueden tener derecho a consignación alguna, puesto que su deudor tiene ya recibido e inscrito a su nombre aquello que, conforme al artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario hubiera debido ser consignado: la prestación correspondiente al «optante». El titular registral gravado por los embargos tiene ya inscritos todos aquellos inmuebles (viviendas, locales y garajes y su correspondiente cuota sobre el solar) que no son objeto de las opciones de compra ejercitadas y que *continúan anotados de embargo y afectos a la satisfacción de los derechos de los titulares de gravámenes ulteriores*. Exigir la consignación de un supuesto precio supondría extender el embargo a la titularidad registral de la entidad vendedora de los solares, sin respetar la preferencia de su derecho. Sería tan absurdo como si, en el supuesto normal de resolución de una venta con precio aplazado garantizado con condición resolutoria expresa, se exigiera, para la cancelación de cargas no preferentes, la consignación por parte del titular actuante de la resolución, del precio correspondiente a plazos *no satisfechos* por el comprador. Evidentemente no es esto lo que establece el artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario que, lógicamente, sólo pretende que se consigne el importe de los plazos efectivamente recibidos por el vendedor resolvente.

Ello nos permite concluir que la Dirección General no establece aquí una doctrina distinta de la sentada en las Resoluciones de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982 y que, en realidad, *no reconoce ninguna verdadera excepción*, a la necesidad de consignar el precio fijado para el ejercicio de la opción, en favor de los titulares de cargas y gra-

vámenes no preferentes al propio derecho de opción inscrito, para practicar la cancelación de las citadas cargas. Así, en el caso concreto de la opción de compra, la Dirección sólo excepciona de la necesidad de consignar cantidad alguna para la cancelación de gravámenes ulteriores, los supuestos en que la prestación a consignar *ya está «consignada»*, es decir, entregada y afecta a la satisfacción de los derechos de los titulares de tales gravámenes. No hay excepción, sino confirmación de la regla establecida en las anteriores Resoluciones de 1978 y 1982.

Pero además la Dirección, para apoyar su doctrina, hace una enumeración de otros supuestos distintos del ejercicio de un derecho de opción inscrito, de cancelación de gravámenes ulteriores sin necesidad de consignación de cantidad alguna: cuando extinguido el plazo del derecho temporal de superficie el propietario del suelo hace suya la edificación, llevada a cabo en cumplimiento de lo pactado; donación con reserva de la facultad de disponer; reversión de donaciones; revocación de donación por incumplimiento de cargas inscritas; ejercicio de la condición resolutoria explícita por impago del precio totalmente aplazado; ejecución, judicial o extrajudicial, de hipoteca preferente cuando no queda efectivo sobrante. Pero me parece que la Dirección no es consciente de que existe una importante diferencia entre el supuesto resuelto por la Resolución y los demás supuestos enumerados. Diferencia importante que, no obstante, no debe alterar la consecuencia jurídica de no necesidad de consignar. Y es que en estos casos no es que los titulares de gravámenes ulteriores tengan ya afecta a su derecho la prestación del resolvente, sino que la consignación no es necesaria porque *no hay nada que deba ser consignado*, porque nada debe ser entregado al gravado con la carga de cuya cancelación se trate. Esto se hace especialmente evidente en los supuestos en que el acto de cuya resolución se trate produjo un enriquecimiento neto del adquirente y, por tanto, un aumento del patrimonio afecto a sus acreedores. Así ocurre en el supuesto de la donación con reserva de la facultad de disponer: si el donante dispone, tanto el donatario como sus anotantes ven extinguidos sus derechos sin derecho a ningún tipo de compensación. Igual sucede en el caso de ejercicio de la condición resolutoria explícita por impago del precio totalmente aplazado, cuando el impago es además total: ni se ha dado entrada ni se ha satisfecho plazo alguno.

Pero, en cualquier caso, lo fundamental es que tampoco estos supuestos constituyen una verdadera excepción a la regla de la necesidad de consignar. La Dirección, por tanto, a través de esta Resolución, no hace más que confirmar su anterior doctrina. No obstante, ello no debe inducirnos a minusvalorar la importancia de la Resolución. La Resolución es importante porque viene a precisar los justos términos de la

necesidad de consignar en favor de los titulares de gravámenes ulteriores: *la regla no tiene excepciones, pero ello no significa que siempre y en todo caso exista una cantidad cuya consignación deba ser exigida*. Hay supuestos en que, por decir así, la consignación ya está hecha, y hay otros en los que no hay nada que consignar. Más que establecer limitaciones a la regla, lo que hace la Dirección es delimitarla, fijar sus límites naturales.

Lo que no ha resuelto todavía la Dirección General, y es tema que dejamos para otra ocasión, es la cuestión de la *determinación de la cantidad exacta que ha de ser consignada* en los casos en que esta consignación sea necesaria. Por ejemplo, en una venta con precio aplazado garantizado con condición resolutoria expresa, ¿qué debe consignar exactamente el vendedor resolvente?: ¿Las cantidades que, según el Registro, debían haber sido entregadas por el comprador en el momento en que se produce la resolución? ¿O los plazos efectivamente entregados? ¿Cabe deducir alguna cantidad en concepto de indemnización o cláusula penal pactadas (16)? Estas y otras cuestiones plantean grandes dudas y, al parecer, sólo tienen una respuesta libre de incertidumbres: hay que atender exclusivamente a lo que resulte del Registro y dar la espalda a la realidad extrarregistral. Dura conclusión que puede llegar a atentar, si no lo hace de hecho, al carácter preferente del derecho del vendedor que insta la resolución por incumplimiento de su co-contratante.

B) MI PLANTEAMIENTO

El planteamiento adecuado de la cuestión de la situación de los derechos reales, cargas y gravámenes ulteriores a un derecho de opción de compra inscrito, exige examinar las siguientes cuestiones:

1. *Naturaleza personal o real del derecho de opción*

El tema de la naturaleza del derecho de opción de compra, así como, en general, de los demás llamados derechos de adquisición preferente, es uno de los temas más controvertidos del Derecho civil patrimonial. Las opiniones son muy variadas. Unos le atribuyen una naturaleza alter-

(16) Puede verse, sobre este punto, las Resoluciones de la DGRN de 3 de junio de 1961 y, sobre todo, 29 de diciembre de 1982, que entiende debe consignarse el total importe del precio que haya de ser devuelto, sin deducir nada por cláusula penal. También MIQUEL CALATAYUD, J. A.: «Consideraciones sobre el impago del precio en la compraventa», en *RCDI*, 1985, págs. 1517-18 y 1539, y GARCÍA HERGUEDAS, M. P.: «Contrato condicional...», etc., comunicación presentada al VII Congreso Internacional de Derecho Registral, sobre todo pág. 224 del libro editado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

nativa, personal o real, dependiendo de cuál haya sido la voluntad de las partes al constituir el derecho y de su inscripción o falta de inscripción, o bien dependiendo exclusivamente de esta última circunstancia. Otros, quizá más coherentes, le atribuyen en todo caso una naturaleza personal, sin perjuicio de la eficacia *erga omnes* de la opción inscrita.

Yo entiendo que el derecho de opción de compra de bienes inmuebles tiene *carácter real*, y que este carácter deriva necesariamente de la *causa* del contrato. Por el contrato de opción una de las partes se reserva la facultad de adquirir, dentro de un plazo y en las condiciones establecidas, un inmueble perteneciente a la otra parte contratante. Ello significa dos cosas fundamentales:

Primero que la causa del contrato o propósito práctico perseguido por las partes es la concesión al optante de la facultad de adquirir un inmueble en el futuro, dentro de un plazo, en las mismas condiciones en que lo adquiriría ahora, si la venta se celebrara en el momento en que se realiza el contrato de opción. Se persigue, por tanto, entre otras cosas, que el optante, en el momento en que ejerce su opción, si decide ejercitarla, *pueda desconocer los derechos reales, cargas y gravámenes que acaso se hubieran constituido con posterioridad (o con carácter no preferente) sobre el inmueble objeto del contrato de opción, e incluso imponerse al nuevo propietario del mismo*. Es decir, que el optante pueda, conforme al principio de prioridad, imponerse sobre cualquier otro derecho posterior que recaiga sobre el mismo inmueble y que sea incompatible. Se persigue, por tanto, el *elemento externo* de todo derecho real, *la eficacia real o «erga omnes»*.

En segundo lugar significa que el optante persigue adquirir y adquiere con el contrato de opción una *facultad real sobre el inmueble en cuestión: la facultad de disponer del mismo, adquiriéndolo* (17). Concorre, por consiguiente, también, el llamado *elemento sustantivo o interno* de la realidad: el *contenido real*. Y es precisamente el carácter peculiar

(17) Así, el derecho de opción pasa por dos fases: Durante la primera fase de pendencia, el derecho de opción sujeta directamente el inmueble sobre el que recae, aprovecha sus aumentos de valor (lo que posibilita una finalidad especulativa en el derecho de opción, no muy digna de alabanzas, pero que no desnaturaliza el carácter de opción propia), etc. La segunda fase de ejercicio de la opción (o de caducidad) también se produce directamente sobre la cosa, sin precisar ningún tipo de consentimiento por parte del concedente de la opción o titular dominical, sino tan sólo una mínima colaboración en el recibo del precio y entrega material del inmueble. Colaboración no muy diferente de la que se precisa en otras relaciones reales entre el titular del dominio y los titulares de derechos reales limitados de goce (piénsese, por ejemplo, en las obligaciones iniciales del usufructuario *ex art. 491 del Código Civil*; la extinción del usufructo por término del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria o renuncia del usufructuario; el abono, por parte del titular del predio dominante, de los gastos de conservación de la servidumbre, etc.).

de este contenido real (bien distinto del paradigma de las facultades reales: el goce) el que impone que deban ser adoptadas una serie de *cautelas y limitaciones a la admisión y ejercicio del derecho de opción*. Una de ellas es la necesidad de fijar un plazo de duración del derecho relativamente corto pasado el cual caduca. Y ello porque la libertad del comercio inmobiliario es uno de los principios inspiradores de nuestro ordenamiento civil patrimonial y el derecho de opción incide sobre la facultad de disposición del propietario, restringiéndola y dificultando el tráfico del bien. Otra de las cautelas referidas podría ser la necesidad de consignar el precio en favor de los titulares de gravámenes ulteriores. Se trataría de conjugar, del mejor modo posible, los derechos del optante con los derechos de los titulares no preferentes.

De hecho, este específico elemento interno del derecho de opción, que lo distingue y caracteriza frente a los demás derechos reales, es el que puede plantear alguna dificultad para su admisión. No es este el momento para tratar de resolver esta cuestión, pero entiendo que el derecho de opción cumple una finalidad práctica digna de reconocimiento legal y es más un problema de fijar las limitaciones adecuadas que de negar toda validez al pacto de opción. Y me refiero a su admisión como tal derecho real. La construcción de un derecho de opción sobre un inmueble que no sujete al bien, sino tan sólo personalmente a su titular, no parece lógica ni parece responder al propósito del optante. ¿Cabría pactar una opción de compra inmobiliaria meramente personal? Quizá sí, al amparo de la libertad de pactos, pero parece que ello tendría tan poco sentido como excluir el carácter real del usufructo. Además, ya no estaríamos ante un derecho de opción, que es naturalmente real, sino ante otra cosa: un contrato cuya finalidad me resulta difícil imaginar (y al que algunos denominan, para distinguirlo del contrato que genera un derecho de opción, promesa de venta) (18).

Ahora bien, la sujeción real del inmueble *se traduce en un obstáculo para su comercio, pero no en una prohibición absoluta de disponer*. El concedente de la opción puede disponer de su derecho y gravarlo (de modo parecido a lo que ocurre con los derechos condicionales). Por su

(18) Una promesa de venta u opción personal sería un contrato por el cual el promitente se obliga a vender un inmueble determinado por un precio fijado, pero se reserva la facultad de incumplir su obligación pagando una indemnización. En realidad, la prestación del promitente quedaría configurada como una obligación alternativa: u otorga la venta pactada o paga una cantidad previamente fijada como indemnización. No concibo como promesa de venta aquella en que la venta futura no está totalmente determinada en su contenido (o es determinable sin necesidad de nuevo acuerdo), porque si se requiere un nuevo consentimiento de las partes y éstas no se ponen de acuerdo, ni siquiera habrá nada que indemnizar. Nos hemos quedado en la fase de los tratos preliminares (de los que puede derivar otra distinta y contingente indemnización).

parte, el Registro de la Propiedad no queda cerrado a tales actos ni a las anotaciones de embargo que puedan obtener los acreedores del titular registral.

¿Qué ocurre con los derechos reales, cargas y gravámenes ulteriores cuando se ejercita el derecho de opción? La respuesta es sencilla: conforme al principio de prioridad, en el plano civil, los derechos ulteriores incompatibles *se extinguirán* y, en el plano registral, si están inscritos, *deberá procederse a su cancelación*.

Queda una última e importantísima cuestión. Se dice habitualmente que, dada la naturaleza clandestina del derecho de opción (por no implicar la posesión del inmueble sujeto), estos efectos extintivos y cancelatorios sólo se producirán cuando el derecho de opción esté inscrito; que el derecho de opción sólo adquiere eficacia real con la inscripción; y que, aun reconociendo el carácter real del derecho de opción, su inscripción debería ser constitutiva (19) (con lo que la opción no inscrita quedaría relegada al plano de las relaciones personales).

En mi opinión, no cabe duda de que la inscripción del derecho de opción es fundamental, como lo es la de todos aquellos derechos reales que no gocen de la publicidad posesoria. Pero ello no significa que sólo con la inscripción adquiera el carácter de derecho real y eficacia *erga omnes*, ni que dicha inscripción deba ser constitutiva, al estilo en que se entiende que lo es la inscripción de hipoteca. La opción, como ya he explicado, tiene carácter real por su propia naturaleza (20), y la posible inoperancia de su eficacia real deriva de los principios generales del Derecho civil e inmobiliario registral que afectan a todo derecho real. Así, en primer lugar, la opción no inscrita, como todo derecho real, afectará a todo tercero no preferente cuyo derecho igualmente no figure inscrito. Y, en segundo lugar, también como todo derecho real, la opción no inscrita no afectará a los terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (tercero hipotecario), siendo de destacar que el carácter clandestino de la opción hace muy difícil que el tercero pueda resultar desprotegido por falta de buena fe. Esto significa que la opción no inscrita sería oponible incluso a titulares inscritos (los que lo sean a título gratuito o hayan adquirido de mala fe (21) y a los ano-

(19) En este sentido se manifiesta AMORÓS GUARDIOLA en su comentario a la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, citado.

(20) La Compilación navarra admite que la voluntad determine el carácter personal o real del derecho de opción, pero si se constituye con carácter real, su eficacia real no depende de su inscripción. *Vid.* TORRES LANA, *ob. cit.*, págs. 300 y sigs.

(21) En este punto del juego del principio de la fe pública registral es interesante traer a colación el tema de las servidumbres aparentes. Según reiterada jurisprudencia, la servidumbre aparente goza de una publicidad fáctica que la hace oponible a los terceros sin necesidad de estar inscrita, constituyendo una excepción a la protección de la fe pública registral. Pero, como se ha señalado (*vid.*, por

tantes de embargo, que sólo adquieren preferencia respecto a créditos posteriores, siempre que se pruebe la fecha anterior de la concesión de la opción (por ejemplo, por constar en escritura pública), y siempre que no se postule una concepción que otorgue a la anotación de embargo preferencia incluso sobre los actos dispositivos anteriores, aunque inscritos con posterioridad (22). Finalmente, en tercer lugar, resta decir que la opción no inscrita, como todo derecho real, tampoco afectará a los terceros protegidos por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria según lo interpreta la tesis dualista del tercero hipotecario, entendiendo que el tercero protegido por el artículo 32 no necesita reunir ninguno [tesis dualista pura, recientemente defendida por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (23)] o alguno de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, salvo la inscripción de su propio derecho.

No es este el momento para tratar la cuestión de cuál es el tercero protegido por la legislación registral, bastando observar que, aparte de que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, incluso interpretado por la tesis dualista pura, también tiene su límite de protección (según GARCÍA GARCÍA la nulidad del acto y la mala fe-fraude), lo importante es que estas limitaciones que soportan los titulares de los derechos en favor de los terceros adquirentes operan con relación a todo derecho real. *Constituyen el régimen jurídico general y normal de los derechos reales*, inspirado en la protección de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Es cierto que el carácter oculto del derecho de opción lo hace más vulnerable a verse inefectivo por la aparición de un tercero de buena fe, pero esto en nada se diferencia de otros derechos reales como el

ejemplo, PEÑA, *ob. cit.*), lo que aquí ocurre es que falta en rigor uno de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para la protección de los terceros adquirentes: la buena fe (quizá la buena fe diligente del art. 36 de la Ley Hipotecaria). El caso de la opción se asimila más bien a las servidumbres no aparentes y, por tanto, sería más difícil que no estando inscrita, afectara a los terceros hipotecarios por causa de falta de buena fe.

(22) Sobre esta tendencia, puede verse: REY PORTOLÉS, J. M., en su comentario a la RDGRN de 12 de septiembre de 1983, en *RCDI*, núm. 570, 1985; ALVAREZ CAPERCHIPI, J. A.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, págs. 145 y sigs. y 155 y sigs.; FRANCO ARIAS, J.: *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, páginas 226 y sigs y 360 y sigs., y, sobre todo, GARCÍA GARCÍA, J. M.: «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», estudio presentado al VII Congreso Internacional de Derecho Registral de Río de Janeiro, 1987, en el que su autor da por superada su anterior posición crítica respecto de la STS de 10 de marzo de 1973, que había mantenido en su libro *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos Reales e Hipotecario*, Madrid, 1982. También pueden verse los pioneros, aunque ya lejanos en el tiempo, trabajos de RAMOS FOLQUÉS citados, por ejemplo, por REY PORTOLÉS, lugar cit., pág. 1381, nota 65.

(23) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., en su monumental tratado *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, 1.ª edición, Madrid, 1988, págs. 588 y sigs.

dominio directo, la nuda propiedad o las servidumbres discontinuas y no aparentes, cuyo carácter real es generalmente admitido.

Así pues, la eficacia real limitada de los derechos reales no inscritos no es más que el resultado de nuestro sistema inmobiliario registral: la inscripción no es simplemente declarativa, sino siempre constitutiva con relación a los terceros hipotecarios (24). Finalmente, todo lo anterior no obsta para que, de *lege ferenda*, quizá fuera interesante plantear la instauración de la inscripción constitutiva para todos los derechos y gravámenes ocultos. Pero este es otro tema.

Resta destacar que el reconocimiento del carácter real del derecho de opción, con independencia de que esté o no inscrito, tiene importantes consecuencias que exceden a la comentada trascendencia real. Basta observar que, cuando el titular registral del pleno dominio transmite el derecho de usufructo sin que esta transmisión acceda al Registro, si posteriormente dispone del pleno dominio en favor de un tercero, está disponiendo de un derecho ajeno. Igualmente, el concedente del derecho de opción que dispone de su dominio inscrito, sin respetar el derecho de opción que no ha accedido al Registro, no solamente está incumpliendo una obligación, sino que está disponiendo de un derecho ajeno.

2. *Diversidad de régimen jurídico según la naturaleza de los derechos ulteriores de dominio, derechos de goce y derechos de garantía y otras cargas*

Antes de continuar con la exposición de mi planteamiento en el tema concreto que nos ocupa, es preciso hacer una breve referencia a la diversa naturaleza que pueden tener los derechos ulteriores a cancelar, porque entiendo que los efectos y consecuencias del ejercicio de un derecho de opción inscrito, son diferentes según cuál sea la naturaleza de tales derechos ulteriores. Con relación a esta cuestión, señala AMORÓS GUARDIOLA (25) que los terceros adquirentes de derechos posteriores deben soportar el ejercicio del derecho del optante en las mismas condiciones que si lo ejercitara frente al (26) concedente de la opción en el momento en que fue concedido, y añade (en un caso en que se había pactado el ejercicio unilateral de la opción) que «si el derecho posterior es un nuevo dominio, resultante de transmisión realizada por el dueño anterior que concedió la opción, su resolución automática pa-

(24) En este punto vuelve a plantearse la cuestión de qué se entiende por tercero hipotecario. Sobre el tema, GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.* en nota anterior, págs. 561 y sigs. y 583 y sigs.

(25) Comentario a la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, cit., págs. 1515 y 1516.

(26) AMORÓS, creo que por error, dice «él». Parece que debe decir «frente al».

rece clara de acuerdo con lo dicho. El optante adquirirá la finca en las mismas condiciones en que estaba al adquirir la opción. Frente a él, los dueños posteriores son inexistentes. Estos a su vez ya conocían (o podían conocer) el posible ejercicio de aquel derecho anterior, y las consecuencias extintivas que podía producir respecto a su titularidad posterior. La extinción se producirá automáticamente y no hará falta para ello contar con el consentimiento de estos dueños posteriores que resultan perjudicados por el ejercicio de la opción. Lo mismo cabría decir cuando la colisión se produce con derechos posteriores de goce o de disfrute. Ya que el optante adquiere la finca libre de tales derechos constituidos con posterioridad, y los titulares de éstos ya saben el riesgo que corren al estar subordinados a aquel derecho preferente y anterior».

En mi opinión la cuestión es más compleja. Sin pretensión de entrar a fondo en el tema, intento ahora solamente esbozar algunos de los problemas que se plantean y fijar alguna directriz para su solución. Para ello nos limitaremos a examinar tres grandes tipos de derechos reales que conviene distinguir:

Primero. *Supuesto en que el titular posterior sea un adquirente del dominio.*—En este caso el primer problema que se plantea es el de si el optante debe ejercitar su derecho frente a su contratante, el concedente de la opción, o frente al nuevo titular registral del dominio. En Derecho alemán (27), que tiene una concepción del derecho de opción bastante diferente de la nuestra (es un derecho personal por imperativo del *numerus clausus*, accede al Registro por anotación, etc.), el optante no ha de dirigirse contra el tercer adquirente. Por el contrario, en nuestro Derecho es rotunda la doctrina que entiende que el optante *debe ejercitar la opción frente al que sea dueño de la finca en ese momento*. Así señala ROCA SASTRE (28), desde una concepción del derecho de opción como derecho personal, que el nuevo propietario del inmueble queda obligado, no contractualmente, como el concedente de la opción, sino *ob rem*, como subadquirente.

En realidad, desde la concepción del derecho de opción como derecho real, me atrevería a decir que nadie queda *obligado* a transmitir nada al optante (lo que nos retrotraería a la antigua concepción del pre-contrato) ni, menos aún, a permitir que el optante se haga dueño del inmueble (que es tanto como decir que debe soportar el ejercicio del derecho real), ni siquiera se puede decir, en la forma en que se hace, que hay un *obligado* a otorgar un título traditorio puro (porque la entre-

(27) Cito de PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 511.

(28) *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 566. Se refiere aquí al juego de la opción como derecho personal.

ga es la lógica consecuencia del ejercicio del derecho real). La decisión del optante, como titular real, produce un efecto fulminante *sobre el titular dominical, cualquiera que sea éste*. La situación es similar a la que se produce cuando el donante, que se ha reservado la facultad de disponer, dispone del inmueble donado. El tema ha entrado de lleno en el derecho de bienes, rompiendo casi todos sus lazos con el derecho de obligaciones, del que hace tiempo que se emancipó. El verdadero problema que ahora se presenta, tras la adquisición del inmueble por el optante, es garantizar los derechos de los titulares pasivos que han sufrido el ejercicio de la opción, y, en su caso, los derechos del concedente de la opción.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el derecho de opción, como derecho real limitado, *grava el dominio* y, por tanto, el titular dominical actual, sea o no el concedente de la opción, es el sujeto gravado por el derecho de opción y el que sufrirá su ejercicio. Hay que tener en cuenta, además, que el titular dominical está sujeto al derecho de opción *en la forma y condiciones* que resultan de su negocio constitutivo, sin que deba soportar un ejercicio del derecho que no se ajuste estrictamente a su configuración pactada. De todo lo anterior se deduce: a) Que el precio de la compra deberá ser pagado o entregado al titular dominical actual frente al que se ejercita el derecho de opción; b) que la satisfacción (o, en su caso, consignación) de este precio es requisito previo para la inscripción del ejercicio de la opción y simultánea cancelación del asiento del titular dominical que lo sufre, y c) que el precio debe ser satisfecho precisamente en la forma y momento pactados en el negocio constituyente del derecho de opción, porque tales pactos configuran el contenido del derecho que se consuma.

De esta manera, llevando el carácter real del derecho de opción a sus naturales consecuencias, se clarifican los problemas de si existe o no necesidad de consignación del precio de opción en favor del titular del dominio (parece obvio que éste no puede ser peor tratado que los titulares de cargas, cuyo derecho a consignación examinaremos después), y de si el precio de opción puede ser satisfecho en un momento distinto del previsto.

Ahora bien, si el titular dominical actual *no es el concedente de la opción* hay que preguntarse: ¿Asiste a éste alguna garantía real o registral? En primer lugar, ésta no será necesaria porque lo lógico será que el concedente de la opción que transmite su dominio sin esperar a que transcurra el plazo del derecho concedido, haya recibido el precio de su venta —ya que el adquirente no tiene por qué tener ningún miedo en pagarlo— o no tenga nada que reclamar si la transmisión fue gratuita. Pero en caso de no ser así (por ejemplo, porque el pago se aplazó),

parece claro que el concedente de la opción *ha perdido toda relación real con el inmueble* en cuestión y no goza de ninguna garantía real ni registral, a menos que en el contrato dispositivo se hubiera reservado e inscrito alguna garantía especial (por ejemplo, una condición resolutoria por falta de pago: ¿Le daría derecho a consignación?). La situación del concedente no titular y no garantizado especialmente queda relegada al derecho de obligaciones.

Segundo. *El problema del ejercicio unilateral del derecho de opción.*—Finalmente, en relación con la situación del titular dominical (sea o no el mismo concedente de la opción) gravado con un derecho de opción inscrito, se plantea el problema del *ejercicio unilateral del derecho de opción por parte de su titular* (29). En este punto, la concepción actual es la de que, a falta de pacto al respecto, cuando el concesionario de la opción decide ejercitarla debe procederse por ambas partes (optante y propietario) al otorgamiento de la correspondiente escritura de venta, de modo que si el titular dominical se niega a otorgarla, no quedará otro remedio que acudir al Juez para que lo haga en su nombre. Y ello será posible porque no se requiere en realidad el consentimiento del propietario, sino que el contrato de opción contiene ya todos los consentimientos precisos para consumir la compraventa prevista, a salvo la decisión del optante. No obstante, se admite mayoritariamente que, con el fin de eliminar toda intervención del propietario en el momento traslativo, las partes pueden convenir en el contrato de opción la posibilidad de que el titular del derecho de opción pueda consumir la adquisición por su sola declaración de voluntad, otorgando unilateralmente la escritura de ejercicio de la opción (30). Se trata de una previsión importante

(29) Parto de la base de que el ejercicio unilateral de la opción no altera lo que antes dijimos de que el precio de opción debe ser entregado al titular dominical actual y no al concedente de la opción, caso de ser personas distintas. Parece absurdo entender que si se precisa la intervención del propietario para la formalización de la venta, el precio se satisfaga al dueño actual, y si se ejercita la opción unilateralmente, se satisfaga al concedente. Podrían ofrecer alguna duda a este respecto las palabras de AMORÓS citadas al principio de este epígrafe.

(30) La cuestión se planteó en la cardinal y tan repetida Resolución de 7 de diciembre de 1978, que estableció en sus primeros considerandos la siguiente doctrina: «CONSIDERANDO 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 pueda 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.

CONSIDERANDO 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

que abre la puerta a la desaparición de una gran parte de los litigios que suscita el contrato de opción, pues, como advierte TORRES LANA (31), la

del plazo concedido obliga al propietario al cumplimiento de lo pactado, y que si el objeto sobre lo 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.

CONSIDERANDO 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 la 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 configuraban 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.

CONSIDERANDO 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 1.255 del Código Civil, así como atribuir al contrato de opción una energía o fuerza menor, lo que no ha sucedido en el presente caso dados los términos en que parece transcrita la cláusula discutida.

CONSIDERANDO, por tanto, que, 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 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 el dominio al adquirente.

CONSIDERANDO, 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, 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 importante circunstancia —aunque prevista en la cláusula debatida, que contiene la obligación de depositar el precio en 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».

(31) TORRES LANA, *ob. cit.*, págs. 267 y sigs. Señala este autor que para la plena eficacia de este pacto de ejercicio unilateral será preciso que la finca se halle en posesión del optante con anterioridad al ejercicio de la opción, ya que la necesidad de reclamar la entrega de la finca al propietario podría dar lugar a su negativa y al nacimiento del litigio que se trata de evitar. Pero ésta es una cuestión que

inmensa mayoría de los litigios surgidos del contrato de opción se originan porque el concedente se niega a formalizar el contrato definitivo. Podemos añadir que con esta previsión de ejercicio unilateral no sólo se obviará la necesidad de recurrir al Juez ante la negativa del propietario, sino que se evitan problemas como el que fue objeto de la Resolución de 7 de septiembre de 1982: la dificultad, ante la negativa del concedente de la opción a formalizar la escritura de venta, de hacer constar en el Registro la decisión de ejercitar la opción, a efectos de que no se produzca la caducidad (registral) del derecho durante la tramitación del procedimiento judicial (32).

no afecta a la transmisión del dominio ni al desenvolvimiento registral del ejercicio de la opción.

(32) Los considerandos de esta resolución, de los que resulta claramente la cuestión planteada, son los siguientes: «CONSIDERANDO que a diferencia del supuesto de hecho que motivó la Resolución de 7 de diciembre de 1978, en donde se constituía un derecho real de opción, en el presente expediente las partes convinieron un contrato de opción de compra que obligaría, caso de ser ejercitado por el optante, a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa entre ambas partes contratantes.

CONSIDERANDO que el único tema que en realidad se debate en este recurso es el de la posibilidad de la constancia registral de la declaración de voluntad, por la que el titular de una opción de compra ya inscrita la ejercita positivamente a través del requerimiento notarial hecho a la sociedad concesionaria de la opción para que ésta cumpla la obligación de otorgar la correspondiente escritura de compraventa de los inmuebles a favor del optante.

CONSIDERANDO que la pretensión de que el ejercicio de la opción se haga constar por nota al margen de las inscripciones del derecho de opción de compra, por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 177 de su Reglamento, ha motivado la denegación por parte del Registrador del asiento solicitado al entender que la normativa legal de aquellos preceptos sobre condiciones no son de aplicación para el caso de que se ejercite un derecho de opción.

CONSIDERANDO, en efecto, y conforme a la calificación realizada, que no cabe la práctica de la nota marginal solicitada, ya que no está prevista en la Ley ni en el Reglamento, por lo que, sin determinarse su naturaleza y efectos, se crearía una publicidad equívoca, incompatible con la claridad que debe presidir siempre la redacción de todo asiento registral.

CONSIDERANDO que, tal como aparece regulada en el artículo 14 del Reglamento la inscribibilidad del derecho de opción, es indudable que no aparece 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, por lo que sería deseable una regulación legal más completa sobre la materia.

CONSIDERANDO que a la diligencia del optante atañe procurar que, ejercida la opción, pueda otorgarse la escritura pública de compraventa antes que vencido el plazo de opción convenido deje de publicar el Registro su existencia por caducidad o, al menos, que en su defecto ha quedado anotada preventivamente la demanda en que se pretende el otorgamiento de la escritura correspondiente.

CONSIDERANDO que supuesto radicalmente distinto, como ya se indicó en el primer considerando, 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

Desde mi punto de vista, y remitiéndome una vez más a otro lugar para el cabal estudio de esta cuestión, creo que a esta concepción pueden hacérsele dos importantes observaciones:

En primer lugar, de acuerdo con el carácter real del derecho de opción que se propugna y con la propia causa y naturaleza del contrato de opción, considero perturbadora y sin sentido la necesidad de prever anticipadamente la posibilidad de ejercicio unilateral del derecho de opción. *El derecho de opción, naturalmente, debe contener la facultad de ejercicio unilateral por su titular*, ya que es su voluntad la única que se requiere para consumir la adquisición preordenada, ya que de este ejercicio unilateral no se sigue ningún perjuicio para el propietario gravado, sino una mayor perfección técnica en la construcción del derecho de opción. Se otorga así al optante el arma radical que suele acompañar a todo derecho real, y se previenen los problemas antes apuntados y, en concreto, el que fue objeto de la Resolución de 7 de septiembre de 1982. Y ello sin perjuicio de reconocer la validez del pacto que exija la intervención del propietario para la formalización de la venta o, sobre todo, de los pactos que determinen la forma en que debe ser pagado o consignado el precio de compra (33).

Lo anterior está de acuerdo con la propia naturaleza del acto de ejercicio del derecho de opción, que es la de una declaración unilateral (34). Pero hay que advertir la necesidad de un nuevo requisito frecuentemente olvidado, y es que esta declaración unilateral tiene carácter *recepticio*, de modo que ha de llegar a conocimiento del concedente durante el plazo de vigencia de la opción. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo (35). Para dar cumplimiento a esta exigencia estimo que bastará con que se dé fe por el Notario de que se le ha justificado dicha notificación o de que se le ha requerido para hacerla (siendo indiferente el que, después de desplegada esta diligencia razonable, la declaración llegue o no efectivamente al concedente dentro del plazo) (36). Resulta ob-

escritura pública, fuera suficiente para que quedase perfeccionada la compraventa y consumada la tradición».

(33) En relación con el pago del precio existe en algunos sectores la idea, propiciada por la doctrina de la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, de que éste debe hacerse con anterioridad o en el momento de otorgar la escritura de compra unilateral. En realidad, como ya expliqué, el precio debe satisfacerse en la forma pactada. A falta de pacto, será preciso el pago anterior o simultáneo por aplicación del artículo 1.124 del Código Civil (así, TORRES LANA, *ob. cit.*, pág. 278). Ahora bien, el convenio de pago aplazado o a plazos plantea algunos problemas, como el garantizar los derechos del titular que sufre el ejercicio de la opción (sobre todo si es persona distinta del concedente). Problemas que creo que pueden sortearse pactando la correspondiente condición resolutoria.

(34) Así, TORRES LANA, *ob. cit.*, pág. 287.

(35) *Vid.* TORRES LANA, *ob. cit.*, págs. 255 y sigs.

(36) *Vid.* TORRES LANA, *ob. cit.*, pág. 264.

via la importancia de fijar un domicilio para notificaciones en el contrato de opción y mantenerlo actualizado, a semejanza de lo que se hace en otros contratos, como el de hipoteca.

En segundo lugar, el verdadero problema que plantea la admisión del ejercicio unilateral de la opción, sin intervención alguna por parte del concedente o propietario, es que de esta forma *queda facilitada hasta el máximo la posibilidad de utilización del derecho de opción con fines espúreos, fundamentalmente con fines de garantía con vulneración del pacto de «lex comisorio»* (37). Una vez más, la cuestión estriba en conciliar dos intereses contrapuestos: el interés del optante (en la opción propia) de no depender de la colaboración del propietario para el ejercicio de su derecho, y el interés del propietario (en la opción en garantía) de no verse privado de su dominio por falta de pago de una deuda y por un procedimiento que no garantiza una valoración objetiva de su derecho y que le coloca en situación de indefensión absoluta ante posibles abusos de su acreedor. El tema se conecta con dos de las más complejas y espinosas cuestiones que tienen planteadas los derechos reales de garantía: la terrible falta de funcionalidad de los procedimientos judiciales de apremio, que, como dice RAMOS MÉNDEZ (38), hay que preguntarse si son el instrumento idóneo para extraer el mayor rendimiento de los bienes embargados o, por el contrario, son la mejor vía para desbaratar y despilfarrar el patrimonio más saneado; y la utilización de una serie de figuras jurídicas [como la opción o el retracto convencional (39)] con fines de garantía, con el fin de posibilitar la ejecución

(37) Con los mismos fines, y quizá por temor a que no sea considerado válido el pacto de ejercicio unilateral de la opción, se utiliza a veces un mecanismo diferente: el deudor-concedente de la opción otorga un *poder irrevocable* a una persona de confianza del acreedor-optante para que en su día le represente en la venta del inmueble. El principal problema que plantean estos negocios cuando llegan al Registro es que en muchas ocasiones no se trasluce con suficiente claridad la utilización fraudulenta de la opción con fines de garantía. Tuve ocasión de enfrentarme con un supuesto de estas características, cuya inscripción (de la escritura de ejercicio de la opción) denegué por considerar que el poder irrevocable no es admisible. Esta calificación fue recurrida gubernativamente y motivó la RDGRN de 29 de septiembre de 1987, que confirmó el defecto señalado en la nota a pesar de que, paradójicamente, se reconocía la validez del poder irrevocable.

(38) RAMOS MÉNDEZ, F.: Prólogo a la obra de FRANCO ARIAS, J.: *El procedimiento de apremio*, cit.

(39) También puede implicar una vulneración del pacto comisorio el llamado contrato de «*leasing*» inmobiliario. En la práctica profesional yo recomiendo, en este caso, proceder del siguiente modo: practicar la inscripción del dominio a favor de la sociedad de *leasing*, haciendo constar la finalidad de la adquisición, y practicar la inscripción del contrato de *leasing*. Después, caso de que se pretenda la cancelación del arrendamiento financiero sin ejercicio de la opción, se suspende la práctica del asiento en tanto no conste el consentimiento del concesionario de la «opción» (titular dominical real), con el fin de dar cumplimiento, al menos, a los requisitos esenciales de ejecución de las garantías. En tanto conste inscrito el *leasing*, se evita la titularidad formal de la sociedad financiera.

directa y arbitraria de la garantía por el acreedor. Surge así el debate sobre la validez o los límites de validez del pacto comisorio (40).

A efectos registrales, por contraposición a judiciales, creo que la cuestión que se plantea es la de determinar si para que el ejercicio unilateral del derecho de opción sea inscribible debe considerarse requisito necesario, si no el consentimiento, sí al menos el *asentimiento* del titular registral, ya que, como dice la propia Resolución de 7 de diciembre de 1978, faltan aquí las garantías que existen en los procedimientos judiciales. Es decir, si es imprescindible que el ejercicio de la opción se notifique previamente al titular registral y, si éste se opone, dilucidar la controversia por la vía judicial. En apoyo de esta tesis, podemos decir que el supuesto es similar al cumplimiento de condición resolutoria establecida en garantía del precio aplazado en la compraventa, donde, para mayor protección del titular registral, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha interpretado ampliamente los términos del artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario, refiriéndolos también al adquirente o primer comprador (lo que vendría a reforzar la exigencia a que antes nos hemos referido) y ha señalado que no es posible practicar la inscripción en favor del vendedor si el comprador se opone a la resolución al serle notificada conforme al artículo 1.504 del Código Civil (*vid.* Resolución de la DGRN de 29 de diciembre de 1982).

Como en casi todo lo que concierne al derecho de opción, prácticamente huérfano de regulación, es factible optar por una u otra solución. La pregunta queda en el aire.

Tercero. *Supuesto en que el titular posterior sea un adquirente de un derecho real limitado de goce.*—En mi opinión, los derechos reales limitados de goce (fundamentalmente usufructo y servidumbres) inscritos con posterioridad a la inscripción de un derecho de opción que grave el pleno dominio, se encuentran, en principio, en una situación más próxima a la que acabamos de ver con respecto a titularidades posteriores del dominio, que a la propia de los titulares de cargas posteriores que veremos después. Con ello quiero decir que la constitución posterior de derechos reales de goce origina una especie de desmembración del pleno dominio (cuyo grado depende del derecho de que se trate), de modo que el derecho de opción que recayera sobre el pleno dominio debe ser ejercitado frente al pleno dominio, integrado ahora por el dominio limitado y el derecho a los derechos de goce de que se trate. No me parece adecuada la opinión que entiende que los posteriores derechos de goce o disfrute pueden ser cancelados sin más, ya que sus titulares ya sabían el riesgo que corrían al estar subordinados a un derecho de

(40) Sobre este tema, recientemente, ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: *Curso de Derechos Reales*. Tomo II, Madrid, 1987, págs. 104 y sigs.

opción preferente. Ese mismo riesgo o situación de subordinación debía también ser conocido por los titulares posteriores del dominio y, sin embargo, tienen derecho a recibir el precio de opción. Es más, no resulta lógico que deba recibir el mismo precio el titular dominical pleno que aquel que está gravado, por ejemplo con un usufructo: el nudo propietario cobraría el precio de opción correspondiente al pleno dominio y el usufructuario quedaría en la calle sin garantía alguna. Además, finalmente, aquel mismo riesgo o situación de subordinación debía ser conocido por los titulares posteriores de cargas que, sin embargo, como veremos, van a gozar de un derecho de consignación del precio y de una garantía registral.

Por todo lo anterior, brevemente expuesto, entiendo que el derecho de opción *debe ejercitarse frente a los titulares del dominio y demás derechos reales de goce*, teniendo cada uno de ellos derecho a percibir una parte del precio de opción en proporción a sus derechos y gozando de la garantía registral de que sus asientos no van a ser cancelados si no se acredita dicho pago. Por ello sería conveniente establecer como requisito para la inscripción de derechos limitados de goce posteriores a un derecho de opción, *que se determine la proporción del precio de opción que cada uno de ellos tiene derecho a percibir en caso de que se ejercite el derecho preferente* (ya que en este caso no existe un valor determinado, como ocurre con los derechos de garantía). Y teniendo en cuenta que nada obsta a que se establezca que un determinado derecho se resolverá sin derecho a ningún tipo de compensación dineraria (por ejemplo, ciertas servidumbres, o los derechos constituidos a título gratuito).

Finalmente, tanto en el caso de que aparezcan titulares posteriores del dominio como, sobre todo, en el caso en que se constituyan posteriores derechos limitados de goce, hay que preguntarse si no sería justo subordinar sus derechos sobre el precio de opción y sus garantías registrales al cumplimiento del *requisito de haber notificado al titular del derecho de opción la adquisición de sus derechos*, a semejanza de lo que en este trabajo se propugna con respecto a los posteriores titulares de cargas.

Cuarto. *Supuesto en que existan titulares posteriores de derechos de garantía u otras cargas.*—A este supuesto vamos a concretar nuestro estudio en las páginas que siguen, refiriéndonos fundamentalmente a titulares posteriores de créditos hipotecarios y anotaciones preventivas de embargo.

3. *Sistema de subsistencia y sistema de liquidación:
Hacia una superación de este planteamiento*

Ya vimos en la primera parte de este trabajo cómo la situación de los derechos reales y gravámenes posteriores al derecho de opción inscrito, tras el ejercicio de éste, podía venir determinada por dos distintos sistemas: el sistema de subsistencia y el sistema de extinción o liquidatorio. Sin embargo, en realidad, el sistema de subsistencia, entendido en el sentido de que el optante debe soportar todos o algunos (según su naturaleza) de los derechos y cargas posteriores hasta que naturalmente se extingan, o no es el más adecuado o resulta absolutamente incompatible con la causa del contrato de opción y su carácter real. Me explicaré.

Tratándose de titulares posteriores del *dominio* o de *derechos reales de goce* estamos ante un problema de incompatibilidad. Es evidente que el sistema de subsistencia no puede estar pensado para este tipo de derechos cuya extinción es exigida por la propia esencia del derecho de opción. La especial problemática que plantean este tipo de derechos posteriores ya la hemos examinado en el epígrafe anterior.

Tratándose de *créditos hipotecarios* y *anotaciones preventivas de embargo* hay que distinguir. Un sistema de subsistencia *absoluto* significaría que dichas cargas subsisten gravando el inmueble cualquiera que sea el montante del crédito garantizado y, por tanto, aun cuando dicho montante sea superior al precio de la opción. Un sistema así volvería a plantearnos un problema de incompatibilidad: es esencial que el optante reciba la finca sin más cargas que aquéllas que pueden ser extinguidas con el precio de ejercicio de la opción. De modo que cualquier carga posterior a un derecho de opción inscrito tiene su límite de garantía, no en el valor de la finca, sino en el precio fijado para el ejercicio de la opción. Un sistema de subsistencia *limitado* significaría que los gravámenes ulteriores tienen limitada su garantía por el precio de la opción, pero que no se extinguen con el ejercicio de ésta, sino que subsisten hasta su ejecución o vencimiento, total o parcial, momentos en los cuales se destinaría a su extinción el precio de la opción. Un sistema así no parece el más adecuado, sino más bien absurdo. Si los titulares de gravámenes posteriores no van a tener más derechos sobre la finca que el precio de la opción, parece que bastaría con que el optante consignara este precio a su favor para obtener la cancelación de las cargas.

Por ello entiendo que la dicotomía no ha de ser planteada entre un sistema de subsistencia y otro de liquidación, sino que hay que concluir que el sistema más adecuado es el de extinción: el optante, como titular preferente, tiene derecho a recibir la cosa en la misma situación jurídica

en que se encontraba al adquirir su derecho de opción (solución que, además, como ya antes se dijo, encuentra apoyo legal suficiente en el artículo 1.520 del Código Civil). La dicotomía ha de ser planteada entre un *sistema de extinción automática que no reconozca a los titulares de cargas posteriores derecho alguno sobre el precio de opción*, y un *sistema de extinción con derecho, por subrogación, sobre el precio de la opción, y con garantía registral para su cobro*. Abreviadamente podríamos hablar de un sistema de extinción sin garantía y otro con garantía. A ellos nos referiremos a continuación.

Pero antes quiero hacer una importante observación, y es que las afirmaciones anteriores deben ser *matizadas* si tenemos en cuenta el juego que en esta materia puede tener la autonomía de la voluntad. A esta cuestión me referiré brevemente más adelante. Basta señalar aquí que el sistema que se propone es el sistema general, aplicable en defecto de pacto y, en su parte fundamental, imperativo. Pero que la autonomía de la voluntad acaso pueda introducir alguna variante.

4. *Sistema de extinción con garantía y sistema de extinción sin garantía*

El problema fundamental que se plantea a la hora de decidirse por uno u otro sistema es el de conjugar los derechos de todas las partes implicadas. Por una parte, el optante, como titular preferente, tiene derecho a recibir la finca libre de cargas posteriores y a que no se le exijan más obligaciones que la de pagar el precio pactado. Por otra, los titulares de créditos hipotecarios y anotaciones de embargo tienen derecho a que su garantía sea respetada en tanto no se perjudique el derecho preferente del optante, es decir, en tanto sea compatible con el derecho preferente. Más aún cuanto que son titulares registrales y el Registro de la Propiedad siempre presta un amparo especial a todo aquel que acude a su protección, siempre que no se vulneren los principios del sistema.

En este sentido entiendo que el sistema más perfecto y adecuado a nuestro Derecho es el de extinción con garantía, y ello por las siguientes razones: *a)* Porque la exigencia de la consignación del precio de la opción en favor de los titulares de gravámenes ulteriores no afecta a la esencia del derecho del optante, sino que, a lo sumo, puede suponerle una pequeña molestia; *b)* porque dada la específica naturaleza del derecho de opción, su admisión, como ya antes adelantábamos, debe hacerse con algunas lógicas limitaciones, una de las cuales sería esta molestia de la necesidad de consignar.

El sistema de extinción con garantía debe tener, en mi opinión, las siguientes características:

Primera.—En primer lugar, las cargas ulteriores al derecho de opción ejercitado *se extinguen, pero sus titulares adquieren un derecho similar sobre el precio* pactado para el ejercicio de la opción. Se produce algo parecido a lo que sucede en los supuestos previstos en el artículo 110, 2, de la Ley Hipotecaria: la hipoteca propiamente se extingue, transformándose en otro derecho de garantía que afecta al precio de opción. Trátese de anotaciones de embargo, la traba del inmueble pasa a recaer sobre el dinero.

Segunda.—Para la efectividad de lo anterior se establecen dos previsiones: a) el optante queda gravado con la *carga de consignar* el precio de opción en favor de los titulares de cargas ulteriores, a fin de poder obtener la cancelación de las mismas; b) como garantía, la extinción de las cargas ulteriores *queda condicionada a que se realice la referida consignación*. Esto implica a su vez una garantía registral, puesto que la cancelación de las cargas ulteriores no podrá llevarse a cabo en tanto no se produzca su extinción.

Extinción y cancelación requieren previa consignación. Ello implica la aceptación de un *cierto sistema de subsistencia* en tanto que las cargas ulteriores no se extinguen automáticamente y por el solo ejercicio de la opción, sino que perduran hasta la consignación. Pero entiendo que este es el planteamiento adecuado por cuanto, en el sistema habitualmente aceptado de liquidación con consignación, se admite que las cargas no preferentes quedan automáticamente extinguidas por el ejercicio de la opción, pero se niega la cancelación del derecho extinguido a menos que se haya cumplido al requisito adicional de la consignación. Se produce así un divorcio entre el Derecho civil y el registral y se atenta al principio básico de que todo derecho extinguido debe poder ser cancelado sin más requisito que el de acreditar dicha extinción, cuando ésta no resulte claramente de los propios libros registrales.

Tercera.—El derecho que adquieren los titulares de cargas ulteriores, una vez hecha la consignación, no recae obviamente sobre la finca ni sobre el valor de la finca, sino *sobre el precio de opción*. Ello significa que si el crédito hipotecario o la anotación de embargo lo eran por un valor superior al precio de opción, si la opción es ejercitada, no gozarán de garantía alguna sobre ese plusvalor, *quedando reducido su derecho hasta donde alcance la cantidad a consignar*. Como hemos visto, esta limitación deriva lógicamente de la necesidad de respetar la preferencia del optante, que determina que éste debe recibir el inmueble libre de toda carga posterior, sin más excepción que aquellas que pue-

dan ser inmediatamente extinguidas y canceladas destinando a este fin el precio de su adquisición.

Cuarta.—*El optante tiene derecho a retener o deducir del precio de compra el coste de la liberación de las cargas no preferentes.* Parece obvio que el optante obligado a consignar una determinada cantidad para liberar la finca de gravámenes posteriores, constituidos por su vendedor (o causahabiente), o sobre la titularidad de su vendedor, sólo deberá abonar a éste el resto del precio, si lo hay, una vez deducida la cantidad a consignar.

Quinta.—*No es necesario exigir ningún requisito especial para inscribir la adquisición a favor del optante,* precisamente porque esta adquisición no determina la automática extinción de carga alguna. *El requisito de la consignación sólo es exigible para proceder a la cancelación de las cargas no preferentes,* y bien entendido que la extinción se producirá y la cancelación deberá realizarse aun cuando el precio de la opción no baste para cubrir el valor de dichas cargas. Pero, en los casos en que adquisición por el optante y consignación no coinciden en el tiempo, no hay motivo alguno para negar a la titularidad del optante la protección registral.

Sexta.—*No será exigible el requisito de la consignación para la extinción y cancelación de los gravámenes no preferentes en los casos en que no haya nada que deba ser entregado por el optante o en los casos en que esta entrega, en realidad, haya sido ya realizada.* Sobre esta cuestión me remito a lo dicho anteriormente al comentar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de abril de 1987.

Este sistema esbozado de extinción con garantía es el que, con alguna variante, se deduce de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982 y 10 de abril de 1987. Pero, como ya he advertido, este sistema deja un cabo suelto que atenta a la prioridad del derecho del optante y debe ser completado con la exigencia de otro requisito, esta vez a cargo de los titulares de gravámenes no preferentes: la notificación al titular del derecho de opción inscrito de la constitución de sus derechos.

5. *El requisito de la notificación al titular del derecho de opción*

Como ya tuve ocasión de exponer en el dictamen que precede, la exigencia de la consignación del precio de la opción en favor de los titulares de cargas no preferentes, debe quedar subordinada al cumplimiento por parte de éstos del requisito de haber notificado al titular del derecho

de opción la constitución de sus derechos. Y ello por dos razones fundamentales: una de justicia, derivada de los principios generales del sistema, y otra de estricto derecho positivo:

Primero: *Principio de prioridad*.—En primer lugar el requisito de la notificación al titular del derecho de opción *viene impuesto por el respeto debido al principio de prioridad*. De acuerdo con éste, el titular registral preferente puede desconocer los cambios reales que accedan al Registro con posterioridad a su derecho y desentenderse de ellos. De modo que no le es exigible al titular del derecho de opción preferente que solicite una nota o certificación registral para averiguar si existe alguna carga posterior en favor de cuyo titular deba consignar el todo o parte del precio de opción. En realidad, no le es exigible siquiera que conozca que existe esta obligación de consignar (y mucho menos si tal obligación sólo se halla reconocida claramente en unas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de finas sutilezas jurídicas). Es más, en la disyuntiva entre exigir un comportamiento activo y diligente al titular preferente o exigirlo a los titulares posteriores, que deben conocer la existencia de la opción inscrita, no cabe duda de que lo lógico es que sean éstos quienes carguen con el trámite de la notificación a cambio de obtener el derecho a la consignación.

El problema en la práctica se presenta especialmente agudo. ¿Qué hacer cuando el optante ya ha satisfecho el precio de la opción y al llegar al Registro se encuentra con que el Registrador no accede a su pretensión de cancelar las cargas no preferentes a su derecho? ¿Deberá volver a pagar y luego repetir de su vendedor? Entiendo que el requisito de la consignación es un requisito excepcional, que es útil para compaginar los derechos de diversos titulares, pero que no debe llevarse a tal extremo que pueda perjudicar netamente al titular preferente. A éste se le impone la obligación de consignar; a los posteriores, la de notificar. Sólo si el titular de la opción es advertido de la constitución de las cargas posteriores, puede exigírsele que retenga y consigne el precio a satisfacer a su vendedor.

Segundo: *Normas concretas*.—La segunda razón de Derecho positivo es el artículo 107, párrafo 7.º, de la Ley Hipotecaria, que regula un supuesto de gran analogía y que, en una materia como esta del derecho de opción, en que nos movemos tan faltos de apoyos legales que casi puede decirse que el único límite es la imaginación, es una norma decisiva. Por lo demás, en este punto me remito a lo dicho en el dictamen *ut supra*.

Pero quiero añadir ahora otras normas igualmente concluyentes sobre

la necesidad de la notificación como requisito para el nacimiento del derecho a la consignación de los titulares posteriores. Me refiero a las siguientes:

a) En primer lugar, al artículo 1.527 del Código Civil, los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria y los artículos 176, 242 y 243 del Reglamento Hipotecario, que regulan la cesión de créditos en general (el primero) y la cesión de créditos hipotecarios en particular (los demás). Dice el artículo 1.527 del Código Civil: «El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación.» Evidentemente, se trata de una norma muy general, pero de gran importancia, como el artículo 1.165 del Código Civil, antes citado, porque libera al deudor de tener que realizar ningún tipo de investigación y exige una especial diligencia al cedente o a los adquirentes posteriores del crédito (41). Comportamiento diligente consistente precisamente en poner en conocimiento del deudor la adquisición realizada (42).

Con referencia concreta a la cesión de créditos hipotecarios, dispone el artículo 149, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria que: «El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro.» Desarrolla esta norma legal los artículos 242 y 243 del Reglamento Hipotecario. Dice el primero: «Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley.» Y añade el segundo: «La notificación de la cesión del crédito al deudor, o la omisión de este requisito en el supuesto del artículo 151 de la Ley, se hará constar en la inscripción, y si el documento que acredite haberse hecho aquélla se presentare en el Registro después de verificada la inscripción, se extenderá la correspondiente nota marginal». El supuesto de hecho regulado en estos artículos tiene, en

(41) Aunque es discutido, en la cesión de créditos se entiende que la carga de la notificación recae sobre el cedente, pero ello no impide que la pueda realizar igualmente el cesionario. Así, NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La cesión de créditos en el Derecho civil español*. Granada, 1988, págs. 113 y sigs. Lo que queda claro es que el deudor no soporta la carga de averiguar si el crédito ha sido transmitido.

(42) Parecido principio inspira el artículo 1.198 del Código Civil, relativo a la extinción de obligaciones por compensación. Dice este artículo: «El deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. Si la cesión se realiza *sin conocimiento* del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión».

el fondo, una gran similitud con el supuesto de la aparición de titulares registrales posteriores a un derecho de opción inscrito, y sus disposiciones pueden ser perfectamente aplicables a éste. El nuevo adquirente del crédito hipotecario es como un titular posterior con respecto al deudor, del mismo modo en que los titulares de cargas posteriores lo son con respecto al optante. El deudor tiene derecho a desconocer el derecho al crédito del nuevo titular y a liberarse cumpliendo su primitiva obligación con su co-contratante. Y ello es así aunque el nuevo titular haya inscrito su adquisición, cancelando la titularidad anterior. *El deudor no tiene ninguna obligación de consultar el Registro porque, una vez inscrita su posición jurídica, tiene la garantía de que cualquier cambio posterior no puede afectarle, al menos si tal cambio no le es debidamente notificado.* En el plano civil, la exigencia de notificar la cesión del crédito deriva de la necesidad de dar publicidad a dicha transmisión, ya que no tendría sentido si el deudor no la conociera. Pero en el plano registral, tratándose de la cesión de créditos hipotecarios, la publicidad viene dada por la inscripción de la transmisión, y la exigencia de un comportamiento diligente al adquirente para el reconocimiento de su derecho deriva más bien del respeto a la posición jurídica inscrita preferente del deudor (43).

¿Qué es lo que ocurre si no se realiza la preceptiva notificación? *Se cancela sin más la titularidad posterior*, con sólo acreditar el pago del crédito fantasma anterior. Así lo establece el artículo 176 del Reglamento Hipotecario: «La inscripción de cesión de créditos hipotecarios, cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y éste pagare al cedente, podrá cancelarse con el documento que acredite dicho pago, sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el artículo 151 de la Ley.» A destacar que, a efectos de la cancelación o no del derecho del cesionario, no basta con que la notificación de la cesión al deudor se haya verificado, es preciso además *que se haya hecho constar en el Registro* en alguna de las formas previstas en el artículo 243 del Reglamento Hipotecario antes citado (en la propia inscripción de la cesión o después por nota marginal). A destacar igualmente que de este artículo 176 del Reglamento Hipotecario es de donde se deduce claramente que al deudor no le afecta la publicidad registral de la cesión (aunque también se deduciría del carácter constitutivo de la inscripción de la cesión, si admitimos tal carácter). ¿Qué solución

(43) Resulta ilustrativo, a este respecto, cómo en el plano registral, el Reglamento Hipotecario (cfr. art. 243) contempla la notificación como un derecho del deudor, al que puede renunciar, y nunca como una garantía del interés del cesionario, que es quizá la faceta más característica que presenta en el plano civil. Vid. NAVARRO PÉREZ, J. L., *ob. cit.*, pág. 59.

le queda al adquirente posterior del crédito hipotecario? Reclamar contra el cedente, según resulta del artículo 151 de la Ley Hipotecaria: «Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta.»

En mi opinión este sistema de notificación es aplicable prácticamente idéntico al supuesto de créditos hipotecarios posteriores a un derecho de opción inscrito. Y asimismo al supuesto en que existan posteriores anotaciones de embargo. En este sentido, comparto la opinión de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su comentario al epígrafe que precede a los artículos 242 y siguientes del Reglamento Hipotecario relativos a la cesión de créditos hipotecarios: «Respecto al embargo de crédito hipotecario, parece imprescindible que conste la notificación del embargo al deudor a fin de que se dé el supuesto del artículo 1.165 del Código Civil y el embargo pueda tener plena efectividad» (44).

No cabe alegar en contra de esta aplicación analógica el hecho de que el optante no puede desconocer absolutamente el contenido del Registro, porque debe ejercitar su derecho frente al último titular registral del dominio de la finca. Aparte de que pueda exigirse el requisito de la notificación incluso a los titulares dominicales, o de que se acepte la posibilidad de ejercicio unilateral de la opción, me parece que existe una razón suficiente para establecer una distinción entre los titulares dominicales y los titulares de cargas posteriores. Y es que, como ya he apuntado, la notificación al titular del derecho de opción no sólo tiene por objeto comunicarle la inscripción de tales cargas, sino *advertirle de su obligación de consignar* (45). Parodiando al artículo 107, 7, de la Ley Hipotecaria podemos decir que debe darse conocimiento del gravamen posterior al concesionario de la opción, a fin de que si la ejercita antes de cancelarse dicha carga, no satisfaga el total precio a su vendedor, sino que consigne la cantidad que proceda en favor del notificante.

b) En segundo lugar, como normas determinantes del requisito de la notificación al titular del derecho de opción, como condicionante de la exigencia de la consignación en favor de los titulares de cargas posteriores, podemos argüir las relativas a la admisión y cancelación de la subhipoteca. Esta extraña y controvertida figura se halla prevista en nuestra legislación hipotecaria en los artículos 107, párrafo 4.º, de la Ley Hipotecaria y 175, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario y concordantes. El precepto legal se refiere a la subhipoteca en los siguientes términos:

(44) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. 1.ª edición, Madrid, 1986, pág. 172, nota 56.

(45) A diferencia del supuesto de la cesión de créditos, en que basta dar noticia de la transmisión.

Podrán también hipotecarse «el derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho». Por su parte, el precepto reglamentario citado dispone: «La inscripción de subhipoteca, constituida sin los requisitos del artículo 149 de la Ley, podrá cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del subhipotecante. En el caso de que se hubieren cumplido dichos requisitos, será necesario, además, el consentimiento del subhipotecario o la consignación de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuere igual o inferior a la garantizada por la hipoteca.» Para el objeto de nuestro estudio no parece pertinente traer a colación el discutido tema de la naturaleza de la subhipoteca, ni el régimen de la relación entre los acreedores hipotecario y subhipotecario. Pero sí conviene referirse en cambio a la posible relación entre el titular dominical de la finca hipotecada y la subhipoteca, en cuanto se trata de una relación a nuestros efectos similar a la que existe entre el titular del derecho de opción y las cargas posteriores.

En este sentido, el artículo 107, número 4.º, de la Ley Hipotecaria se limita a admitir esta figura singular de la subhipoteca y a recordar y ordenar la aplicación en estos casos del principio de que la resolución del derecho del concedente lleva consigo la del derecho concedido; de donde parece deducirse que la constitución de la subhipoteca en nada afecta al titular dominical, y que no existe ninguna relación entre la subhipoteca y la finca hipotecada distinta de la que existe entre dicha finca y el crédito hipotecario y del simple hecho de que el objeto de la subhipoteca es, como no puede ser de otra manera, la finca sobre la que recae. Sin embargo, parece más cierto que la constitución de la subhipoteca sí que afecta al titular de la finca hipotecada y que el principio de resolución que acoge el artículo 107, número 4.º, de la Ley Hipotecaria ha de ser matizado hasta el extremo de dejarlo prácticamente sin contenido. Así, en primer lugar, en el caso un tanto insólito, pero revelador, de *renuncia* a su derecho por parte del acreedor hipotecario, entiendo que la extinción de la hipoteca no precipita la de la subhipoteca por aplicación analógica del principio que se desprende del propio artículo 107, número 1.º, inciso segundo, de la Ley Hipotecaria: nadie puede disponer, renunciando, de facultades de las que realmente se ha desprendido en favor de otro. Pero la clave de las relaciones entre propiedad y subhipoteca nos la proporciona más bien el supuesto en que la hipoteca gravada *se extingue naturalmente por el pago* del crédito garantizado. Aquí es donde entra en juego el precepto reglamentario-sustantivo que se nos aparece formal y sistemáticamente camuflado como una simple norma reguladora del «título y procedimiento cancelatorio». El artículo 175, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario viene a perfilar,

mal que bien, la relación entre la subhipoteca y la finca subhipotecada: la extinción e incluso cancelación de la hipoteca sólo libera al titular gravado en la cuantía en que el crédito hipotecario pudiera exceder del crédito subhipotecario, pero no extingue la garantía subhipotecaria, que pasa ahora a gravar directa y patentemente la propiedad, hasta tanto no se consigne la cantidad correspondiente en favor del acreedor subhipotecario. Todo ello, por supuesto, siempre que el acreedor subhipotecario no haya sido previamente satisfecho y consentido la cancelación de su derecho.

Vemos entonces que el artículo 175, regla 4.^a, del Reglamento Hipotecario, en un afán de proteger al máximo todos los derechos que acuden al Registro, impone, a un titular ajeno en principio a la relación subhipotecaria, una actuación, un esfuerzo, una molestia consistente en la carga de no satisfacer su débito sin consentimiento del acreedor subhipotecario o, en su defecto, hacer la correspondiente consignación. Y lo que ahora nos interesa destacar es, obviamente, que este derecho a la consignación, realmente garantizado, de la cantidad asegurada por la subhipoteca, está *limitado o condicionado* al cumplimiento del requisito esencial que señala el artículo citado: es decir, *que la subhipoteca se haya constituido con los requisitos del artículo 149 de la Ley Hipotecaria* o, lo que es lo mismo, que se haya *notificado* al deudor dicha constitución. Sin esta notificación, el titular dominical puede desconocer la titularidad subhipotecaria inscrita y solicitar su cancelación con sólo acreditar la de la hipoteca.

No obstante, conviene observar que, a pesar de la remisión equívoca que hace el precepto reglamentario al artículo 149 del Reglamento Hipotecario, la notificación exigida no debe hacerse al deudor del crédito subhipotecario, lo que sería absurdo por ser éste parte, como subhipotecante, en la relación constitutiva de la subhipoteca, sino al deudor del crédito hipotecario o, mejor, al titular dominical de la finca hipotecada. Y dejamos de lado cuestiones ahora impertinentes como la de quién debe ser el notificado en los supuestos de disociación de la persona del deudor hipotecario y la del dueño de la finca hipotecada, o como las que pueden surgir del rebuscado caso de que la subhipoteca se constituya en garantía de una deuda ajena; cuestiones que, según intuyo, no deben alterar las conclusiones expuestas, sino, a lo sumo, apuntalar lo impreciso de la citada remisión al artículo 149 de la Ley Hipotecaria.

Resta añadir que el supuesto examinado es muy similar al anteriormente referido de la cesión de créditos y, de igual modo, al objeto de nuestro estudio de ejercicio de un derecho de opción habiendo cargas posteriores que gravan la propiedad no es difícil descubrir en los titula-

res de dichas cargas al acreedor subhipotecario y en el optante al titular de la finca hipotecada.

c) Finalmente, en tercer lugar, avalan la exigencia de la notificación al optante como requisito para que surja la obligación de consignar, *las normas que regulan la extensión objetiva de la hipoteca a las indemnizaciones correspondientes al propietario por razón de seguros*. Así, el artículo 110, número 2.º, de la Ley Hipotecaria, que, desarrollando el anterior artículo 109, concordante con el 1.877 del Código Civil, establece que se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: «Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca, y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerla hubiere sido *notificado previamente* de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil.» Y a este requisito de la notificación, introducido en la reforma hipotecaria de 1944-46, se refiere ahora el artículo 40 de la nueva Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980: «El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiados sobre bienes especialmente afectos se extenderá a las indemnizaciones que correspondan al propietario por razón de los bienes hipotecados, pignorados o afectados de privilegio, si el siniestro acaeciere después de la constitución de la garantía real o del nacimiento del privilegio. A este fin, el tomador del seguro o el asegurado deberán *comunicar al asegurador* la constitución de la hipoteca, de la prenda o el privilegio cuando tuviera conocimiento de su existencia. *El asegurador a quien se haya notificado* la existencia de estos derechos *no podrá pagar la indemnización debida sin el consentimiento del titular del derecho real o del privilegio*. En caso de contienda entre los interesados o si la indemnización hubiera de hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación garantizada, *se depositará* su importe en la forma que convenga a los interesados, y en defecto de convenio en la establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil. Si el asegurador pagare la indemnización, transcurrido el plazo de tres meses desde la notificación del siniestro a los acreedores sin que éstos se hubiesen presentado, quedará liberado de su obligación.» También es interesante a nuestros efectos el siguiente artículo 41: «La extinción del contrato de seguro *no será oponible al acreedor hipotecario*,

pignoraticio o privilegiado hasta que transcurra un mes desde que se le comunicó el hecho que motivó la extinción. Los acreedores a que se refiere este artículo podrán pagar la prima impagada por el tomador del seguro o por el asegurado, aun cuando éstos se opusieren. A este efecto, el asegurador deberá notificar a dichos acreedores el impago en que ha incurrido el asegurado.»

Se trata, en definitiva, de otro supuesto en que para que un tercero, el asegurador, ajeno a la relación hipotecaria, se vea afectado por ésta, se requiere la *previa notificación* al efecto. Sin esta notificación, el asegurador cumple con satisfacer la indemnización al propietario y el acreedor hipotecario pierde toda garantía: la hipoteca no se «extiende», valga la expresión legal de discutible propiedad, a las indemnizaciones.

6. *Ambito de la autonomía de la voluntad*

Aunque todo derecho real nace ligado en mayor o menor grado al contrato que le da origen, ello es más evidente en el caso del derecho de opción, siendo ésta una de las razones determinantes de las dificultades que se suscitan para su admisión como un verdadero derecho real. Por ello resulta ineludible plantearse hasta qué punto el contrato de opción o los pactos que puedan realizar concedente y concesionario de la opción, puede influir en el régimen jurídico del derecho de opción, y, en concreto, en la situación de las cargas y gravámenes no preferentes. Forzando una vez más la capacidad especulativa, podríamos examinar los siguientes temas:

Primero.—El primer problema es el de si cabe eludir convencionalmente el requisito de la consignación en favor de los titulares de cargas ulteriores, para la extinción y cancelación de sus derechos. Problema que fue resuelto por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978. El tema se planteó de la siguiente manera: concedente y concesionario de la opción habían pactado que al ejercitarse el derecho de opción «los demás derechos» —distintos de la propiedad— «de cualquier clase que sean, posteriores al derecho del optante, en cuanto afecten a lo adquirido, quedarán resueltos automáticamente sin necesidad de que concurran los titulares, y si estuviesen inscritos en el Registro, se cancelarán sin otro requisito». El Registrador advirtió el defecto de que dicho pacto «vulnera lo establecido en los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento». Y la Dirección confirmó el defecto, no porque se precise el consentimiento de los titulares afectados para la cancelación de sus derechos, ni porque sea necesario mandamiento judicial cancela-

torio, sino porque el requisito del depósito del precio en garantía de los titulares posteriores, que se aplica por analogía al derecho de opción, es un requisito imperativo (46). Por su parte, AMORÓS GUARDIOLA, en su comentario a la Resolución (47) estima «razonable la cautela impuesta por la Dirección General en el presente caso al denegar la inscripción de la cláusula de cancelación redactada en aquellos términos de automatismo sin restricciones».

Sin embargo, el comentario de AMORÓS y la propia forma que tiene la Dirección de abordar el problema suscitan la duda de si sería admisible una regulación convencional relativa a la extinción de los derechos posteriores al derecho de opción estableciendo en favor de sus titulares una garantía distinta del depósito del precio. Parece evidente que la respuesta es negativa, y que la razón básica de la denegación de la mencionada cláusula no es que no se haya establecido ninguna restricción

(46) Los importantes considerandos que se refieren a este problema son los siguientes: «CONSIDERANDO, respecto de la pactada extinción de los derechos posteriores y la cancelación de las inscripciones correspondientes, que al permitir el artículo 14 del Reglamento Hipotecario la inscripción del derecho de opción siempre que reúne 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 ellas 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 resultarían extinguidos, caso de que se consume la opción.

CONSIDERANDO 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, la Ley Hipotecaria, en el artículo 107, 7.º, y el Reglamento para su ejecución, en el artículo 175, regla 6.ª, exige que 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 bancario o caja oficial del importe que haya de ser devuelto, o el artículo 235, regla 9.ª, del mismo Reglamento, al establecer en caso de procedimiento 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.

CONSIDERANDO 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 puedan 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 quedarán resueltos por la voluntad unilateral del favorecido por la opción, y en la que faltan las garantías que en los procedimientos judicial sumario o extrajudicial de ejecución hipotecaria —notificaciones, intervención de un funcionario: Juez o Notario— regulan la debida aplicación de las normas jurídicas».

(47) AMORÓS GUARDIOLA, M., comentario citado.

en favor de los titulares de cargas posteriores, sino que estamos ante una *materia imperativa, que excede del ámbito de la autonomía negocial por afectar los derechos de terceros*. Esta limitación de la autonomía privada es, por lo demás, la regla general en tema de derechos reales, dados los intereses públicos y de terceros implicados. Una vez establecido, por vía analógica, que los titulares ulteriores tiene derecho al depósito del precio de opción, esta disposición pasa a integrar el régimen jurídico imperativo del derecho de opción y no es susceptible de ser eludida o modificada por los intervinientes en el contrato de opción. Precisamente por tratarse de una norma dirigida a la protección de terceros, sólo con su consentimiento (que no es probable que exista en el momento de la celebración del contrato, pero sí podría existir en un momento posterior) puede ser eliminada o alterada: la renuncia de derechos es válida siempre que no perjudique a otros terceros.

En realidad, un pacto como el que nos ocupa sólo es concebible por la gran indefinición que existe en el régimen jurídico del derecho de opción. Si existieran unas normas legales que no dejaran lugar a dudas sobre el derecho de los titulares de cargas posteriores a la consignación del precio de opción, más difícilmente se hubiera escriturado un pacto de este tipo. Podemos concluir fijando un límite general al ámbito de la autonomía de la voluntad en materia del derecho de opción: *los pactos entre los contratantes no pueden en ningún caso perjudicar los derechos reconocidos legalmente a los terceros*.

Pero la autonomía negocial aún puede tener un juego en el tema que nos ocupa.

Segundo.—La segunda cuestión que podemos plantearnos es la de si sería admisible el pacto por el que los intervinientes en el contrato de opción *acuerdan excluir el sistema de extinción de las cargas posteriores, con garantía, y acoger el sistema de subsistencia*. O bien acuerdan alguna variante similar, como podría ser otorgar al optante la facultad de escoger entre uno u otro sistema (48). En realidad, se trata de un pacto que

(48) Desde un punto de vista de excesiva indefinición, TORRES LANA examina el tema de la situación de las cargas y gravámenes posteriores, señalando que «nada se opone a que en el contrato de opción de compra se prevea y resuelva expresamente esta hipótesis, en cualquiera de los sentidos mencionados» (o sea, acogiéndose al sistema de subsistencia del Derecho suizo o al sistema de liquidación con consignación de nuestra DGRN). «Es posible también la creación de nuevas fórmulas para solucionar el conflicto de intereses. Puede incluso admitirse que, a falta de previsión, se realice un convenio especial sobre este punto al ejercitarse la opción. Las posibilidades de la autonomía vuelven a ser múltiples, sin más límite que la tutela de los posteriores titulares inscritos, que no pueden verse defraudados. Sólo en defecto de pacto, sea cual sea el momento en que éste se produzca, deberán los Tribunales optar por uno u otro de los dos sistemas tipo, la subsistencia o la liquidación de las cargas», *ob. cit.*, pág. 232. Esta última frase puede generar la duda de si lo que se requiere de los Tribunales es que determinen, a través de la

altera el sistema que denominaremos legal (dando por hecho que es el seguido por nuestro Derecho) de extinción con garantía, pero que tiene la característica de que aparece evidente que no se perjudican los derechos de terceros, sino, más bien al contrario, tales derechos son respetados al máximo. Pero nuevamente es preciso distinguir según la naturaleza de las cargas: En el caso de que se trate de *anotaciones de embargo*, un pacto de este tipo no parece que tenga ningún sentido, ni siquiera tratándose de embargos preventivos: el interés del optante consistirá en liberar el inmueble, destinando a este fin la parte del precio de opción que sea necesaria.

Pero tratándose de *hipotecas*, puede que a las partes contratantes les interese aprovecharse hasta su vencimiento del crédito concedido, permitiendo, por ejemplo, al optante satisfacer a plazos el precio de la compra (y todo ello sin perjuicio de los pactos que puedan figurar en el contrato de crédito hipotecario, a la vista del derecho de opción previamente inscrito). La situación que se produciría sería análoga al supuesto de venta de finca hipotecada previsto en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, puesto que la diferencia entre uno y otro caso estriba en que, en el supuesto de ejercicio de la opción, el optante tiene un derecho preferente que le permite desconocer y cancelar las cargas posteriores (cumpliendo los requisitos expuestos). Pero nada impide que renuncie a este derecho, porque difícilmente esta renuncia perjudicará al acreedor hipotecario.

Tercero.—Finalmente podemos preguntarnos si cabría admitir el pacto por el que el concesionario de la opción *renuncia a la notificación como requisito para el nacimiento de su obligación de consignar*. No creo que haya ningún problema para la admisión de un pacto de este tipo que, desde luego, a nadie perjudica, aunque tampoco es de prever que tal pacto sea frecuente en la práctica. Por lo demás, el supuesto es similar a la renuncia prevista en el artículo 242 del Reglamento Hipotecario, relativo a la cesión de créditos hipotecarios, antes mencionado (cfr. artículos 149 y 151 de la LH y 176 del RH).

C) CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Concretando el tema de nuestro estudio al régimen jurídico aplicable a las cargas (créditos hipotecarios y anotaciones de embargo) no preferentes a un derecho de opción inscrito, tras el ejercicio de éste, la conclusión más importante sería la de que la doctrina sentada por las

interpretación y aplicación de la Ley, cuál es el sistema que rige en nuestro Derecho, o que determinen qué sistema debe regir en cada caso concreto. Esto último no parece razonable.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982, indirectamente confirmada por la de 10 de abril de 1987, en los términos en que está formulada, *no es convincente*. Y la conclusión es importante porque, sin duda por su carácter progresista y tuitivo de las titularidades registrales posteriores y por la *auctoritas* y prestigio del órgano del que emanan, estas Resoluciones han alcanzado un alto grado de aceptación en la doctrina y en la práctica de los Registros. Sin embargo, creo haber expuesto argumentos de suficiente peso para poder plantear si no un abandono, de ninguna manera deseable, sí una corrección de esta doctrina. A continuación expondré mis propuestas en este sentido.

1. *Propuesta de «lege data»*

Vaya por delante que el sistema que considero más adecuado en relación con las cargas ulteriores a un derecho de opción inscrito tras el ejercicio de éste, es el que he denominado *sistema de extinción con garantía, pero con garantía subordinada al cumplimiento del requisito de la notificación*. Sistema que se basaría en la aplicación analógica de una serie de artículos y principios generales, que serían básicamente el principio de amparo de todo titular registral, compatible con el respeto debido a los derechos preferentes, y los artículos 175, 6, del Reglamento Hipotecario, y los que regulan la cesión de créditos hipotecarios, la subhipoteca y la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones por seguros.

Los obstáculos que nos encontramos para la aceptación de este sistema, y concretamente para la exigencia del requisito de la consignación, son, por una parte, la lamentable redacción del artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario, y, fundamentalmente, la ausencia de una norma sustantiva y de rango legal que recoja esta exigencia. Sin embargo, no sin alguna duda, entiendo que no es el artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario el único al que ha habido que enfrentarse con grandes dosis de buena voluntad para hacerle decir lo que debería decir, ni es la primera vez en que se aplican artículos reglamentarios que contienen verdaderas disposiciones sustantivas, a veces de dudosa legalidad (sobre todo si del Reglamento Hipotecario estamos hablando). A veces, imperativos de justicia o de equidad exigen al intérprete algo más que la aplicación de un Derecho preexistente y, siempre, algo más que la realización de operaciones puramente lógicas. Por todo lo cual, creo que existen también razones suficientes para los que defiendan una opinión distinta. Sólo una cosa me parece indudable: *si se exige la consignación, esta exigencia debe quedar subordinada a la notificación*.

Pero como las cosas nunca deben hacerse más sencillas de lo que son, quisiera plantear una última cuestión que puede enturbiar o matizar el sistema propuesto. Antes que nada he de decir que siempre he tenido una gran prevención frente a las «cancelaciones automáticas» previstas en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria (y buena prueba de la excepcionalidad con que en realidad son admitidas, está en la regulación de la resolución de la venta por impago del precio: sólo cabe inscribir dicha resolución si el comprador no se opone al serle notificada). Por ello me pregunto si en el supuesto que nos ocupa no sería también necesario el asentimiento de los titulares de cargas cuyo derecho va a ser cancelado. Si no sería necesario que aceptaran o se opusieran a la consignación realizada, o a la falta de consignación (49). Pero en este caso estimo que tal exigencia sería excesiva y atentatoria al carácter preferente del derecho del optante. Lo que ocurre es que esta conclusión sume al sistema en una cierta incertidumbre, porque carga sobre las espaldas del Registrador la labor de valorar cuál es exactamente la cantidad que debe ser consignada, e incluso, cuando procede o no la consignación.

2. Propuesta de política legislativa

De acuerdo con lo que acabamos de ver, es claro que la solución al problema de la situación de las cargas posteriores a un derecho de opción inscrito pasa por su regulación legislativa. A mi juicio, esta regulación debe seguir las siguientes pautas:

— Aceptación del que hemos denominado *sistema de extinción con garantía*.

— Establecimiento por norma de rango suficiente del derecho de los titulares de cargas posteriores a una *garantía subrogada* sobre el precio de opción, para el caso de pérdida de la garantía inmobiliaria por virtud del ejercicio de la opción.

— Establecimiento, a fin de garantizar la efectividad del referido derecho, de la obligación del optante *de consignar* el todo o parte del precio de opción en favor de los titulares de cargas posteriores.

— Establecimiento, como garantía registral, de la necesidad de acreditar la referida consignación *para obtener la cancelación* registral de las cargas citadas.

— Subordinación de la obligación de consignar y, por tanto, del derecho de los titulares de cargas posteriores a una garantía subrogada sobre el precio de opción, a que *se haya dado conocimiento al optante*

(49) Esta cuestión es diferente a la que vimos con relación a los titulares de dominio. *Vid., supra*, epígrafe B, 2.

de la constitución o inscripción de la carga posterior, *advirtiéndole de su obligación de consignar*.

III. EL PROBLEMA DEL MANDAMIENTO JUDICIAL PARA LA CANCELACION DE LOS ASIENTOS ORDENADOS POR AUTORIDAD JUDICIAL

A) LA SOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL: COMENTARIO

El Centro Directivo establece que no se requiere mandamiento judicial para la cancelación de los embargos, porque el derecho embargado se ha extinguido por el ejercicio del derecho preferente de un tercero, lógicamente dejado a salvo del embargo. La doctrina es interesante, pero plantea no pocas dudas y objeciones.

La primera *objeción* que puede hacerse es que, con independencia de los supuestos concretos regulados por el Reglamento (otra vez innovador), la verdad es que *la Ley Hipotecaria aplica escrupulosamente la regla establecida en su artículo 83: los asientos hechos en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria*. Y esta norma no conoce excepciones. Así, la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, relativa al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (y a diferencia de lo dispuesto en el reglamentario artículo 235, 10, citado por la Dirección, con referencia al procedimiento extrajudicial), distingue dos clases de títulos inscribibles: el testimonio del auto para la inscripción de la adjudicación y el mandamiento para la práctica de las cancelaciones. Sin embargo, es cierto que no parece haber razón suficiente para esta perturbadora duplicidad de títulos. En primer lugar, porque la adquisición del derecho por el adjudicatario y la extinción de los derechos no preferentes son efectos jurídicos que se producen simultáneamente y que carecen de sentido el uno sin el otro. Y en segundo lugar porque, de acuerdo con lo anterior, el auto debe contener todas las circunstancias necesarias que impidan que surja un obstáculo registral para la inscripción por no haberse respetado los derechos de los titulares registrales no preferentes. Circunstancias que son fundamentalmente el hecho de haberse practicado las notificaciones a que se refiere la regla quinta del propio artículo 131 y de haberse consignado el sobrante, si lo hubo, a disposición de quien corresponda (50).

(50) En realidad, esta última exigencia de que se haga constar por el Juez si hubo o no sobrante, y si lo hubo, que se depositó a favor de quien corresponda, no parece que tenga demasiada importancia a efectos registrales. Respecto de ella

Así pues, aunque tampoco en este caso parece necesario el mandamiento cancelatorio (y tengo la impresión de que los propios Juzgados no llegan a comprender su sentido), sin embargo, nos encontramos ante una disposición legislativa tajante. Que, por cierto, ha sido reformada recientemente, sin tocar este extremo.

Y la gran *duda* que plantea esta doctrina de la Dirección General, es la de *si es generalizable* a todos aquellos supuestos en que el derecho embargado se extinga, o mejor, deje de pertenecer al titular embargado, por virtud del ejercicio de un derecho preferente (al menos, siempre que no exista una específica norma que lo impida). Brevemente, y con el fin de poner de relieve la confusión y anarquía que preside esta materia, vamos a ver cómo están las cosas en algunos de los supuestos más habituales.

1. *Supuesto de ejecución de crédito hipotecario preferente a anotaciones de embargo.*—a) Si la hipoteca se ejecuta por el procedimiento judicial sumario, se aplicará el régimen que acabamos de ver: se requiere mandamiento porque así lo exige el artículo 131, 17, de la Ley Hipotecaria. b) Si la hipoteca se ejecuta por el procedimiento ejecutivo ordinario, se aplicará el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, que establece en su párrafo primero: «Cuando en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, en el cual deberá expresarse que el importe

dice MENA Y SAN MILLÁN que es un mandato al Juez para que reflexione sobre el cumplimiento de las prescripciones procesales (¿un recordatorio?), y que no faculta al Registrador para examinar el contenido de la actuación judicial (aunque añade que deberá calificar, como formalidad, el que se exprese o no se exprese).

Mucha mayor trascendencia tiene el *tema de las notificaciones*, previstas en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Respecto de ellas, el propio MENA Y SAN MILLÁN señala que la regla 17 del mismo artículo preceptúa que es en el mandamiento cancelatorio donde debe hacerse constar que se hicieron las notificaciones correspondientes y no en el auto de adjudicación. Sin embargo, entiendo que la notificación de la existencia del procedimiento a los titulares registrales, a que se refiere la regla 5.ª, es un tema fundamental del proceso ejecutivo y, sobre todo, que la falta de tales notificaciones determina un obstáculo registral que impide la inscripción del testimonio del auto de adjudicación. El Registrador debe calificar que se han respetado los derechos de los titulares registrales cuyos asientos van a ser cancelados sin su consentimiento. Y tal respeto debe resultar del auto de adjudicación porque es una cuestión que afecta a la regularidad de la subasta y no sólo a las cancelaciones que se derivan de la adjudicación. Y esta calificación debe hacerse con independencia y aunque no existiera la regla 17 del citado artículo, que, efectivamente, sólo se refiere al mandamiento cancelatorio.

Vid. MENA Y SAN MILLÁN, J. M. de: *Calificación registral de documentos judiciales*. Barcelona, 1985, pág. 130.

de la venta no bastó a cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores.» También aquí se requiere mandamiento para la cancelación, y ello es todavía más injustificado que en el caso anterior si tenemos en cuenta que en el procedimiento ejecutivo ordinario no es necesario notificar la existencia del procedimiento a los titulares de anotaciones posteriores (sí a los de créditos hipotecarios: artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para cancelar su derecho (aunque ello resulte discutido y criticado). c) Si la hipoteca se ejecuta por el procedimiento extrajudicial, sorprendentemente no se requiere mandamiento cancelatorio, según resulta del artículo 235, 10, del Reglamento Hipotecario: «Será título bastante para practicar la inscripción a favor del adjudicatario de los bienes, *así como la cancelación* de la inscripción de hipoteca y la de todos los asientos posteriores y no preferentes a ésta, la escritura pública otorgada por el rematante o adjudicatario y el dueño de la finca o el mandatario designado conforme al artículo anterior, en la cual se harán constar detalladamente todos los trámites y diligencias practicados en cumplimiento de lo establecido en las reglas anteriores. Si el mandatario fuere el propio acreedor a quien además se hubieren adjudicado los bienes, bastará que otorgue la escritura en este doble concepto, consignando lo anteriormente dicho.» Volviendo a la Resolución de 10 de abril de 1987 podríamos preguntarnos: ¿Resulta lícito que la Dirección se apoye en este artículo sin mencionar los otros contradictorios?

2. *Supuesto de ejecución de embargo anotado preferente a otras anotaciones de embargo.*—Será aplicable el citado artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, requiriéndose mandamiento cancelatorio.

B) ¿TIENE SENTIDO EL MANDAMIENTO CANCELATORIO
O ES UN TRÁMITE INÚTIL?

Ciñéndonos a las anotaciones judiciales de embargo no preferentes, a las que hemos limitado nuestro comentario, la exigencia de mandamiento judicial para su cancelación, cuando se han extinguido por la ejecución de un derecho preferente de tercero, parece que es un trámite inútil y que se compagina mal con los principios generales del Derecho Hipotecario y, en concreto, con los artículos 79, 2, y 82, 2, de la Ley Hipotecaria (aunque responde exactamente a lo dispuesto, con excesiva generalización, en el artículo 83 de la propia Ley Hipotecaria). Y entiendo que es un requisito inadecuado por las siguientes razones:

1. Porque la extinción del derecho embargado (por dejar de pertenecer al deudor embargado) resulta claramente del propio Registro, y,

aún más, *se reconoce y efectúa, no a través de la cancelación del asiento, sino a través de la inscripción de la ejecución del derecho preferente*. Ello determina el cierre registral para la posterior adjudicación que pudiera derivar del asiento no cancelado. El asiento no es cancelado, pero, de todas formas, deviene *inoperante*. Lo cual es consecuencia ineludible de la extinción del derecho a que el asiento se refiere, y lo lógico sería que la inscripción derivada del asiento preferente y la cancelación del no preferente se produjera simultáneamente, con aplicación de los artículos 79, 2, y 82, 2, de la Ley Hipotecaria. Nuestro Derecho Registral conoce asientos vigentes y asientos cancelados (con independencia de la existencia o no del derecho en el plano extrarregistral), pero no parece que tengan sitio los asientos vigentes-inoperantes, o sea, asientos vigentes con efectos prácticos de asiento cancelado. ¿En base a qué denegará el Registrador la adjudicación que pueda derivarse de una de estas anotaciones no preferentes no canceladas? ¿En base a la falta de tracto (lo cual confirmaría la tesis de que la inscripción del adjudicatario no está gravada con la anotación), o más bien en base a que el derecho del embargante se sabe extinguido y el asiento se tiene por prácticamente cancelado?

2. Porque el fondo de la cuestión no es el mandamiento, sino *si se requiere o no el consentimiento del titular de la anotación no preferente* (y ello con independencia de que tenga derecho a algún tipo de depósito o consignación). Que este es el verdadero tema resulta de los principios del sistema, y además, muy claramente, del artículo 210 del Reglamento Hipotecario que viene a establecer que no se precisa mandamiento para la cancelación de las anotaciones no preferentes, cuando sea precisamente el titular de tales anotaciones el que adquiera el derecho gravado (o sea, cuando se extinga el embargo por confusión de derechos). Esta norma suscita la pregunta clave: ¿Por qué se interfieren dos cuestiones aparentemente distintas como la exigencia de mandamiento cancelatorio del artículo 83 y la de consentimiento para la cancelación del artículo 82? Este artículo 210, aunque reglamentario, puede llevarnos a la interpretación generalizadora de que se requiere mandamiento para la cancelación, conforme al artículo 83 de la Ley Hipotecaria, siempre que se requiera consentimiento para la cancelación, es decir, *siempre que no se esté ante un supuesto del artículo 82, 2, de la Ley Hipotecaria*. Entiendo que no parece lógico exigir un mandamiento para la cancelación de asientos cuya cancelación no requiere siquiera el consentimiento de su titular. ¿Algo que puede hacerse a espaldas del titular registral requiere la intervención de un Juez?

Así, este artículo 210 del Reglamento Hipotecario y esta interpretación quizá nos permitiera cancelar, al menos, la propia hipoteca o la

propia anotación que se ejecuta. Con lo que, si no hay otras cargas posteriores, se consigue obviar el mandamiento cancelatorio.

3. Porque lo absurdo de la exigencia del mandamiento cancelatorio, en estos casos del artículo 82, 2, de la Ley Hipotecaria, y el desconcierto que reina en la materia, se ponen de manifiesto especialmente cuando se observa que *el Juez que debe expedir el mandamiento no tiene por qué ser el mismo que ordenó la anotación*, sino aquél con cuya bendición se hicieron las adjudicaciones, aquél que controló el proceso de notificaciones y garantías de los terceros no preferentes y aquél que dictó auto (u otorgó escritura) decretando la extinción de las cargas posteriores y consignó las demás circunstancias reglamentarias (notificaciones, consignación del sobrante, que debe procederse a la cancelación de cargas posteriores). Así resulta del último párrafo del artículo 175, 2.º, (por cierto, sin coordinación con las reglas de competencia establecidas en el artículo 84 de la Ley Hipotecaria). Del problema del exhorto, que tiene una concreta finalidad ajena al tema que ahora tratamos, nos ocuparemos luego.

4. Porque el problema del mandamiento cancelatorio de asientos cuya cancelación no requeriría el consentimiento de su titular, conforme al artículo 82, 2, de la Ley Hipotecaria, se presenta habitualmente (el caso del ejercicio de un derecho de opción preferente es excepcional) en los procedimientos ejecutivos, que se caracterizan precisamente por la *reducción al máximo de trámites entorpecedores*. ¿Es sensato exigir una serie de pactos preventivos (cfr. art. 130 de la LH) para acabar cayendo en la esquizofrenia de una duplicidad de títulos no justificada?

En conclusión, entiendo que en los casos del artículo 82, 2, de la Ley Hipotecaria la exigencia de mandamiento cancelatorio es un trámite innecesario. Por ello, sea bien acogida, en este punto, la doctrina de la Dirección, que hay que hacer extensiva a todos aquellos supuestos en que las disposiciones legales lo permitan (51). Por lo demás, la cita que hace la Resolución de 10 de abril de 1987, en su último «considerando» *in fine*, a la Resolución de 28 de septiembre de 1982, en apoyo de su doctrina de no necesidad de mandamiento cancelatorio, no parece afortunada. Aunque es cierto que esta Resolución no mencionaba la necesidad de mandamiento para cancelar, es más cierto que no era ésta

(51) Una concepción distinta a la aquí mantenida parece sostener GARCÍA GARCÍA cuando indica que el mandamiento cancelatorio sustituye a la solicitud o instancia de los interesados y permite dar cumplimiento al principio de rogación (GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Los mandamientos judiciales y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 575, 1986, págs. 1182 y 1183). Pero creo que la rogación o solicitud de cancelación corresponde al adquirente y va implícita en la escritura o testimonio del auto que se presenta a inscripción. Observar, además, que aquel cuyo consentimiento no se requiere para cancelar, tampoco nada debe solicitar.

la cuestión tratada y resuelta, y que tampoco mencionaba lo contrario (52).

C) EN CONCRETO, EL PROBLEMA DE LA NOTIFICACIÓN AL JUEZ
O TRIBUNAL QUE CONOZCA DEL PROCEDIMIENTO

Mi opinión con respecto a este punto quedó expuesta en el dictamen que integra la primera parte de este trabajo. Mientras que, como he dicho, en los supuestos del artículo 82, 2, de la Ley Hipotecaria la exigencia de mandamiento cancelatorio me parece innecesaria y perturbadora, sin embargo, la notificación de la cancelación de las anotaciones no preferentes al Juez o Tribunal que las hubiera ordenado, *la considero imprescindible*.

Y a esta necesaria comunicación, cuya práctica asegura que no se vayan a seguir trámites inútiles, es a la que parece referirse el último párrafo de la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario: «Para lograr la cancelación de las anotaciones preventivas no preferentes, cuando éstas hubieren sido ordenadas por Juez distinto del que haya despachado la ejecución, bastará que éste haga constar en el mandamiento que exhortó a aquél comunicándole las circunstancias expresadas en el párrafo primero de esta regla.» Lo que ocurre es que esta disposición es *insuficiente e inadecuada*. *Insuficiente* porque, por el contexto en que está situada, es aplicable a los procedimientos ejecutivos ordinarios, pero es dudoso que lo sea a otros procedimientos especiales como el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. ROCA SASTRE (53), a quien LÓPEZ LIZ (54), cree que esta norma es aplicable supletoriamente a dicho procedimiento. Por el contrario, a GARCÍA

(52) Antes de pasar al último punto hay que detenerse en una importante observación. En los supuestos que acabamos de examinar, de procedimientos judiciales ejecutivos de créditos hipotecarios o anotados preventivamente, el mandamiento cancelatorio se exige no sólo para la cancelación de asientos ordenados por la autoridad judicial, sino de todo tipo de cargas o derechos reales ulteriores. Se trata, lógicamente, de cargas o derechos reales posteriores que pueden ser cancelados sin el consentimiento de sus titulares, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 82, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria. Y respecto de ellos, el mandamiento cancelatorio resulta todavía más incomprensible, por cuanto no es de aplicación el artículo 83 de la Ley Hipotecaria. De hecho, en el supuesto, a estos efectos análogo, de ejecución de un derecho de opción de compra preferente, es claro que la necesidad o no de mandamiento cancelatorio sólo se plantea con respecto a los asientos ulteriores ordenados por autoridad judicial (o administrativa), y no para las demás cargas o derechos reales. Creo que se confirma una vez más que la clave del tema se encuentra en si se requiere o no consentimiento del titular registral para la cancelación de su asiento, y que la exigencia del mandamiento judicial no es más que un engorro innecesario.

(53) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, 7.ª edición, Barcelona, 1979, tomo IV-2, pág. 1168.

(54) LÓPEZ LIZ: *El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*. Barcelona, 1987, pág. 235.

GARCÍA (55) no le parece aplicable a este supuesto que tiene su propia normativa (la regla 17 del artículo 131 de la LH). Y es *inadecuada* porque no parece que sea el Juez que ordena la cancelación el que deba hacer la notificación en cuestión, entre otras cosas porque, como señala GARCÍA GARCÍA (56), dicho Juez no tendrá conocimiento de aquellas anotaciones que se hayan practicado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas del artículo 143 del Reglamento Hipotecario y que, por tanto, no figurarán en dicha certificación. Pero además porque esta notificación es improcedente en tanto no se presente al Registro el título del adjudicatario que debe provocar su cancelación: hasta ese momento, las anotaciones no preferentes son asientos plenamente vigentes, que pueden dar lugar al surgimiento de un tercero protegido si el asiento preferente llega a caducar.

En definitiva, entiendo que se trata de una cuestión de la mayor importancia práctica que exigiría una normativa más clara y técnicamente más perfecta.

Tortosa, a 29 de julio de 1988.

JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET
Registrador de la Propiedad

(55) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código...*, cit., nota 13 al artículo 175 del Reglamento Hipotecario.

(56) GARCÍA GARCÍA, J. M., *ob. cit.*, misma nota.