

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. OPCIÓN DE COMPRA: NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN QUE SE CONSTITUYE ESTE DERECHO COMO REAL CUANDO SE PACTA QUE EL OPTANTE EJERCITARÁ SU DERECHO DE ADQUISICIÓN MEDIANTE EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA CORRESPONDIENTE, Y SI A ELLA NO CONCURRIERE EL PROPIETARIO DE LAS FINCAS BASTARÁ PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA MISMA ACREDITAR MEDIANTE CERTIFICACIÓN BANCARIA EL DEPÓSITO DEL PRECIO ESTABLECIDO EN FAVOR DE LOS PROPIETARIOS REGISTRALES EN EL MOMENTO DE EJERCER LA OPCIÓN.

TAMPOCO ES INSCRIBIBLE EL PACTO SEGÚN EL CUAL LOS DEMÁS DERECHOS POSTERIORES AL DE OPCIÓN E INSCRITOS EN EL REGISTRO QUEDARÁN RESUELTOS AUTOMÁTICAMENTE, COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCIÓN SIN NECESIDAD DE QUE CONCURRAN SUS TITULARES, Y PODRÁN CANCELARSE SIN OTRO REQUISITO.

IGUALMENTE NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO QUE AUTORIZA AL OPTANTE PARA EJERCITAR SU DERECHO SOBRE VARIAS FINCAS, SOBRE ALGUNA DE ELLAS O SOBRE PARCELAS DE LAS MISMAS, SIN EXPRESAR LA SUPERFICIE DE ÉSTAS.

Resolución de 7 de diciembre de 1978 (B. O. del E. de 19 de enero de 1979).

y que negar la posibilidad de que sea concedida al optante la facultad de segregar para adquirir parcialmente sería negar la posibilidad de que el mismo propietario pudiera segregar y vender diciendo que esta posibilidad al afectar a parte indeterminada de la finca infringe el principio de especialidad; que si el propietario puede hacerlo por sí mismo, no hay inconveniente que transmita esta facultad a un tercero.

El Registrador informó que el Código Civil carece de normas propias sobre el contrato de opción, por lo que ha de acudirse a la doctrina del Tribunal Supremo para su definición, la cual configura la opción como un contrato preparatorio unilateral, distinguiendo claramente la sentencia de 17 de diciembre de 1966 el momento en que se consuma el contrato de opción de aquel en que se perfecciona el contrato de compraventa; que hoy día es muy seguida por la doctrina la teoría de que por la opción el contrato de compraventa se modaliza retardando su efecto, siendo irrevocable y vinculante la voluntad del vendedor y potestativa la voluntad del comprador, sin que sea necesario celebrar nuevo contrato de compraventa, pero para producir pleno efecto se necesita el complemento de la tradición, de la entrega de la cosa por el propietario (artículos 609 y 1.095 del Código Civil); que sea la que sea la configuración jurídica del contrato de opción, siempre será el propietario quien tendrá que otorgar la escritura definitiva para consumir el contrato principal o para entregar la cosa, no pudiendo nunca el optante por sí solo otorgar unilateralmente esta escritura; que no es posible la cancelación automática de los derechos de los subadquirentes posteriores a la opción; que la distinción entre la opción constituida como derecho real y el contrato de opción inscribible conforme al artículo 14 del Reglamento sólo tiene trascendencia a efectos de determinar los requisitos de la inscripción, ya que el derecho real se inscribe sin más, sin los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario; que en todo caso, el derecho de opción de compra inscrito actuará contra todo propietario del inmueble afectado, que estará siempre obligado a hacer el acto de transferencia, y que por todo ello el ejercicio del derecho de opción no resuelve automáticamente todos los actos posteriores inscritos, sino que el último adquirente tiene la obligación de hacer el acto de transferencia, y por eso, tratándose de inscripciones de subadquirentes, su cancelación exige su intervención o la supletoria judicial en su caso; que la finca es el soporte de los derechos reales, y el principio de especialidad recogido entre otros por los artículos 7 y 243 de la Ley Hipotecaria impide que el optante pueda ejercitar su derecho sobre parcelas no inscritas que puedan constituirse aun cuando se determine su superficie en metros cuadrados, siendo reiterada la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros que prescribe que los derechos reales recaigan siempre sobre la finca como una unidad.

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

dicha nota denegatoria, en cuanto a los demás motivos que en la misma se consignan.

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

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

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

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—El acuerdo del Centro Directivo se basa en los siguientes considerandos (1):

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

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

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

(1) Vistos los artículos 1.115, 1.255, 1.261 y 1.462 del Código Civil, 7, 79, 82, 83 y 243 de la Ley Hipotecaria, 14 y 175 del Reglamento para su ejecución, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio y 30 de octubre de 1946, 1 de julio de 1950, 7 de febrero de 1966, 7 de noviembre de 1967 y 28 de junio de 1974, y las Resoluciones de este Centro de 27 de marzo de 1947, 13 de diciembre de 1955 y 11 de diciembre de 1974.

perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino del contrato definitivo.

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

Que, por tanto, en principio, y si no existen obstáculos de otra índole, puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar (como sucede en este recurso), el título definitivo del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción (otorgada, como es obvio, por ambas partes), y por la escritura de ejercicio de opción (otorgada unilateralmente por el adquirente), ya que una vez autorizadas ambas, el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente.

Que no obstante y dado que el optante al decidir la opción, y como consecuencia del entramado de las recíprocas relaciones derivadas de una opción de compra en trance de consumación, ha de haber cumplido las obligaciones que le atañen, lo que hace necesario que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar la opción y consumir la prevista adquisición 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.

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

Que la cancelación de estos derechos reales posteriores que han quedado ineficaces no ha sido abordada en materia de opción por nuestro legislador, lo que obliga a examinar el procedimiento adecuado para verificarlo, que habrá de tener en cuenta todos los intereses en juego, y así

para otros supuestos la Ley Hipotecaria, en el artículo 107, 7.º, y el Reglamento para su ejecución, en el artículo 175, regla 6.ª, exigen para que pueda practicarse la cancelación automática, cuando se hubiesen constituido derechos reales sobre bienes sujetos a condición resolutoria, que se acredite la consignación en un establecimiento 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.

Que examinando la cláusula discutida se observa que (aunque inspirada en la norma que establece la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario) contiene un pacto que afecta en forma directa a los titulares de derechos posteriores inscritos y sin establecer ninguna garantía a favor de los mismos, que verán cancelado su asiento, no ya sin su concurso, sino que ni siquiera pueden contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, y en la que problemas importantes y delicados que puedan surgir entre las partes quedarían resueltos por la voluntad unilateral del favorecido por la opción, y en la que faltan las garantías, que en los procedimientos judicial sumario o extrajudicial de ejecución hipotecaria (notificaciones, intervención de terceros afectados, etc.) existen por la intervención de un funcionario (Juez o Notario) que regula la debida aplicación de las normas jurídicas.

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

C) COMENTARIO.—Tres son las cuestiones planteadas en el presente recurso, perfectamente individualizadas dentro del mismo, relativas al ejercicio del derecho de opción de compra pactado (ejercicio unilateral en escritura posterior, sobre una porción de finca inicialmente indeterminada pero determinable por el titular del derecho de opción) y a los efectos del mismo (extinción y cancelación de derechos inscritos con posterioridad al de opción). Es decir, que dichas cuestiones afectan a los requisitos y a los efectos del derecho de opción cuya inscripción se solicita. Se

trata de examinar la legalidad y validez de dichos extremos cuyo origen es negocial o pactado. Si estos pactos son válidos tanto para la eficacia civil del derecho de opción como para su inscribibilidad registral.

Partimos de la idea de que el derecho de opción de compra puede constituirse como derecho real, con eficacia oponible derivada de su inscripción registral, siempre que se cumplan los requisitos que para su publicidad se establecen en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Por ello, no entramos ahora en las discusiones surgidas acerca de si lo que se inscribe es el contrato de opción o el derecho de opción, discusiones que se estiman perfectamente superadas si se tiene en cuenta que el derecho de opción de compra puede ser configurado como un derecho real de adquisición con eficacia oponible y que en nuestro sistema se inscriben los derechos reales u oponibles (relación jurídico-real que se convierte por la inscripción en relación jurídico-registral) unidos inseparablemente a su título originador o contrato antecedente. Tampoco vamos a detenernos en la cuestión de si el derecho de opción de compra es real o personal, ya que el aludido artículo 14 del Reglamento Hipotecario permite su inscripción registral con las circunstancias allí establecidas, de donde resulta su indudable eficacia real u oponible frente a los terceros adquirentes de derechos sobre la finca que le sirve de objeto (2).

El problema de fondo planteado se refiere a los límites de la autonomía de la voluntad en la configuración negocial del derecho de opción. Problema que si siempre es importante en materia de derechos reales, lo es doblemente cuando se proyecta sobre los derechos reales de adquisición de origen convencional, por su falta de tipicidad, y a diferencia de lo que ocurre con los de origen legal. Aun en el derecho de opción regulado en el Reglamento Hipotecario se establecen sólo los requisitos de su inscribibilidad, no los de su tipicidad legal. Por eso, en estos casos, tiene mayor importancia la construcción negocial de estas figuras y su sanción jurisprudencial. La cuestión queda centrada de la siguiente manera: ¿cabe la fijación negocial de la naturaleza real de la opción y de sus efectos? He ahí el tema sujeto a discusión. Para responder a esa pregunta habrá que determinar la naturaleza institucional de esta figura y sus efectos básicos. Para lo cual habrá que partir de las disposiciones legales, cuando las haya, y de la doctrina jurisprudencial. Los límites de la autonomía negocial cuando se proyecta sobre estos derechos serán no sólo los genéricamente establecidos en el artículo 1.255 del Código Civil, ni siquiera

(2) Sobre la distinción entre derechos reales y derechos oponibles, y la opinión de que son estos últimos los que resultan objeto de inscripción en nuestro sistema registral, véase mi estudio «Los Registros Jurídicos de Bienes en Derecho español», Ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Madrid, pág. 777. *Vid.* también pág. 774.

En todo caso debe recordarse que la consideración del derecho de opción de compra como un derecho real (derecho de adquisición preferente) no es todavía unánime en nuestra doctrina. Así, por ejemplo, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, III-3.º, 2.ª ed., págs. 506-508) y GULLÓN BALLESTEROS (*Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pág. 482) se muestran partidarios de considerar al derecho de opción como un derecho meramente personal porque no otorga un poder directo e inmediato sobre la cosa, aunque susceptible de producir efectos frente a terceros mediante la inscripción. La opinión contraria, que reconoce el carácter real del derecho de opción, nos parece más aceptable y es la que aquí se defiende. Dotado de publicidad y de oponibilidad frente a los terceros, su eficacia real resulta indudable, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 14 R. H. En mi opinión, lo importante para caracterizar la naturaleza real de un derecho no es tanto la inherencia o inmediatividad, el poder directo sobre la cosa (del cual carecen también la hipoteca o la reserva de dominio) cuanto su oponibilidad o eficacia frente a terceros, eficacia real que atribuye el carácter de tal a la relación jurídica de que se trate. Todo ello con independencia de que cuando no se cumplan los requisitos necesarios para su publicidad registral (art. 14 R. H.), el derecho de opción así pactado ya no tenga carácter real, y funcione entonces con eficacia meramente obligacional o *inter partes*.

los límites generales para la configuración de los derechos reales (3), sino también los derivados de la propia naturaleza de estas figuras y de su función económico-social. Y claro es que para perfilar su naturaleza institucional, en defecto de disposiciones legales reguladoras, habrá que prestar especial atención a la jurisprudencia.

Fijadas estas ideas previas, vamos a examinar por separado cada una de esas tres cuestiones concretas que aparecen señaladas en la nota de calificación negativa del Registrador:

a) El posible ejercicio unilateral de la opción de compra, sin necesidad del concurso del concedente de la opción y vendedor de la finca, es algo que depende de cómo se configure el derecho de opción y cuál sea su naturaleza jurídica. Ya que esa facultad de ejercicio de la opción forma parte del contenido de este derecho.

Como ha señalado DÍEZ PICAZO, por el contrato de opción, una de las partes (concedente de la opción) atribuye a la otra (beneficiaria de la opción) un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato (4). La opción es un derecho de preferencia para la adquisición de una cosa, cuando el titular de este derecho quiere y en determinadas condiciones (dentro del plazo fijado y por el precio establecido). Despliega su eficacia cuando el titular lo ejercita unilateralmente, siempre dentro de plazo, con independencia de que la cosa se enajene o no. Admitida por la generalidad de la doctrina española la categoría dogmática de los derechos reales de adquisición, puede incluirse dentro de ella el derecho de opción considerado como un derecho subjetivo independiente (aunque en este caso vaya unido a un derecho de arrendamiento) y de naturaleza real por su inscripción.

Por virtud del contrato de opción se deja al arbitrio del optante la posibilidad de realizar un contrato. Así, por ejemplo, en la opción de compra el optante puede decidir si dicha compra va a realizarse o no. Por eso, la doctrina más autorizada apunta que el contrato de opción funciona como un precontrato o promesa de contrato (5). La teoría del precontrato o de la promesa de contrato ha sido ampliamente elaborada por nuestra doctrina y desarrollada por la jurisprudencia.

Así, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ sintetizaba en tres grandes líneas las principales concepciones doctrinales elaboradas acerca de la promesa de con-

(3) Véase el interesante trabajo de DÍEZ PICAZO: *Autonomía privada y derechos reales*, Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre, vol. II, págs. 299 y ss.

(4) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 217.

(5) Como ya advirtiera DE CASTRO en su conocido y clásico estudio sobre la promesa de contrato, la semejanza entre el contrato de opción y la promesa de venta es tan grande, que causa extrañeza el que se haya podido creer que correspondan a figuras jurídicas completamente distintas. Ello explica que la mayor parte de los autores, en especial en aquellos países en donde predomina la tendencia a dar eficacia directa al precontrato, hayan considerado a la opción de compra como una promesa unilateral de venta. (Así, entre otros, MANRESA, VALVERDE, BORRELL, CASTÁN, DE BUEN y OSSORIO.) Si el precontrato o promesa de contrato se concibe otorgando la facultad de exigir directamente el cumplimiento del contrato preparado, desaparece la posibilidad de distinguir entre una y otra figura. Y concluye afirmando que los términos de opción y precontrato o promesa de contrato no son distintos, que es equivalente la promesa unilateral de contrato al contrato de opción, y que la misma promesa bilateral de contrato en nada difiere esencialmente de la opción. («La promesa de contrato», *ADC*, III-IV, 1930, págs. 1163 a 1165 y 1167.)

En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO ha afirmado que el llamado contrato de opción constituye en realidad una pura modalidad de la promesa de contrato o precontrato. Es la promesa unilateral o, por mejor decirlo, el precontrato en el cual la facultad de exigir la puesta en vigor del contrato definitivo es atribuida a una sola de las partes. No hay, sin embargo, inconveniente insuperable para admitir la existencia de una promesa bilateral u opción bilateral. Con ello la identificación entre promesa y contrato de opción sería total y absoluta (*Fundamentos...*, cit., págs. 220-221).

trato, aparte de la posición negativa de ALGUER respecto a esta figura: a) La clásica de MORO LEDESMA, según la cual la esencia del precontrato estaría en la contratación, por una o ambas partes, de la obligación de dar vida en el futuro a un contrato determinado, a través de la emisión por el obligado u obligados de una nueva declaración de voluntad contractual; b) La tesis de ROCA SASTRE, para quien lo característico del precontrato sería la indeterminación en cuanto al total contenido del contrato futuro, surgiendo una obligación a cargo de las partes de colaborar en la íntegra especificación del mismo; c) La opinión del profesor DE CASTRO, en base a la sentencia de 1 de julio de 1950, que estima que la noción de precontrato o promesa de contrato radica en la concesión a una o a las dos partes de la facultad de determinar, mediante una declaración unilateral de voluntad, la vigencia inmediata de un contrato previamente determinado en su contenido, de manera que lo esencial es la relegación de la producción de efectos de un contrato hasta el momento en que una de las partes o una cualquiera de éstas así lo determine unilateralmente (6).

En efecto, según DE CASTRO, la tendencia de la legislación, doctrina y jurisprudencia moderna se orienta a considerar al precontrato como origen de la vinculación contractual definitiva. No es objeto propio de un contrato el que las mismas personas contratantes hayan de hacer de nuevo el mismo contrato que proyectaron. Los contratantes, de mutuo acuerdo, hacen o aceptan un proyecto de contrato y convienen en que ambos se obligan a que el contrato proyectado tenga eficacia plena en el momento en que lo exija la parte a la que se concede esta facultad. Lo que se proponen es quedar «obligados contractualmente» respecto a lo proyectado, no a tener un nuevo querer o a emitir una nueva declaración, sin interés para ellos ni valor patrimonial o jurídico. La promesa de contrato es sólo una etapa preparatoria de un iter negocial en el que hay que distinguir dos momentos: la promesa previa y la exigencia de su cumplimiento (7).

Como se advierte en uno de los Considerandos de esta Resolución, la doctrina jurisprudencial acerca del contrato de opción ha evolucionado sensiblemente al recoger los efectos del mismo cada vez con más amplitud, que van desde la mera indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento hasta la facultad de exigir el cumplimiento del contrato definitivo aun en contra de la voluntad del promitente. Así, por ejemplo, en la sentencia de 10 de julio de 1946 se afirma, entre otros pronunciamientos, que en el contrato de opción de compra el promitente ha ofrecido la venta y que, al ser aceptada por el optante al ejercitar la opción, queda la venta perfeccionada, por lo que, al acordar el Juez la efectividad de la compraventa, no sustituye el consentimiento de las partes, sino que sencillamente se limita a ordenar la ejecución de un contrato ya perfecto.

En la famosa sentencia de 1 de julio de 1950, aunque relativa a un contrato de promesa de venta, se contienen algunas de las siguientes declaraciones, sin duda importantes para el caso que nos ocupa por la evidente conexión entre el precontrato de promesa de venta y el contrato

(6) «Naturaleza y régimen jurídico de los contratos de cesión de vivienda y traspaso de local de negocio», ADC, XI-II, 1958, págs. 582-3.

(7) *Loc. cit.*, págs. 1168-69.

de opción de compra, de acuerdo con lo dicho: ...Dejando aparte las discusiones doctrinales sobre las modalidades que puede revestir este contrato de promesa de venta y si debe ser considerado solamente como contrato preparatorio o precontrato, es incuestionable que la dicha convención es por su naturaleza un contrato consensual y bilateral con vida y entidad propias..., la voluntad expresada para perfeccionar dicho contrato de promesa de venta proyecta su eficacia no sólo en la constitución del vínculo jurídico que sujeta a las partes, sino sobre el objeto de la convención, que en el contrato que se examina no puede ser otro que la realización de la venta o compra prometidas cuando se resuelva la condición circunstancial o de tiempo establecida para su consumación, es decir, que por lo que respecta al otorgante, dueño de la cosa, se contrae la obligación futura de consentir la transferencia del dominio que se ostenta sobre la dicha cosa prometida..., para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato..., en el contrato de promesa de vender o comprar, por su singular naturaleza, se encierra y contiene el consentimiento suficiente para perfeccionar y consumir la futura compraventa prometida.

Y en la más reciente sentencia de 28 de junio de 1974 se reitera el mismo criterio al declarar que cuando en el contrato preliminar han quedado determinados de manera total y completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa y consta de un modo indubitado en aquel contrato la decidida voluntad de las partes de llegar a celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de ellas a concluir ésta no ha lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino también del contrato definitivo (8).

Como se ha señalado acertadamente, mediante la celebración del precontrato (y también del contrato de opción de compra, que es una de sus manifestaciones) lo que las partes quieren es conciliar estos dos propósitos: no quedar, desde luego, vinculadas por el contrato que han proyectado (en este caso, la compra futura) y, al mismo tiempo, asegurarse de su eficacia para el momento en que una de ellas (el optante) o ambas así lo declaren querer (9). Cuando el optante decida ejercitar su derecho, la eficacia de la venta proyectada no puede quedar subordinada a la voluntad del concedente de la opción, que ya quedó exteriorizada en este contrato previo, ni exigir una nueva prestación de su consentimiento contractual. En consecuencia, parece clara la posibilidad del ejercicio unilateral de la opción por parte del optante, sin necesidad de la voluntad concurrente de la otra parte concedente (vendedor).

El contrato de opción de compra, en que se concede al optante el derecho a decidir unilateralmente sobre la celebración de la compraventa futura dentro de ciertas condiciones, y el ejercicio de ese derecho a través del cual el optante decide comprar y hacerse dueño de la finca, constituyen dos etapas conexas de un mismo proceso adquisitivo. Para que el optante se haga dueño de la finca tiene que actualizar el contrato de com-

(8) Véanse también las sentencias de 23 de marzo de 1945, 4 de diciembre de 1953 y 7 de febrero de 1966, citadas en el Considerando tercero de esta Resolución.

(9) DE CASTRO, *loc. cit.*, págs. 1136-1137.

praventa. Y para que pueda intervenir unilateralmente en éste, tiene que haberle sido concedida voluntariamente esa facultad por el dueño anterior en el correspondiente contrato de opción. Veamos los requisitos necesarios para que esa compraventa final se consume y el optante se convierta en dueño.

Como punto de partida, permítasenos reiterar aquí una vez más la teoría general referente al objeto de la inscripción. En el Registro de la Propiedad se inscriben no sólo actos y contratos, sino también y especialmente derechos reales o relaciones jurídico-reales, si bien éstas aparecen indisolublemente unidas a su acto o contrato originador (título en sentido material). Tal es, al menos, mi opinión (10). Pues bien, ¿cuáles son los requisitos para que el optante comprador se convierta en dueño y pueda así inscribir la adquisición de su titularidad jurídico-real? Dando por supuesto el cumplimiento de las demás condiciones estipuladas en el contrato de opción, para que la compraventa se consume hará falta que llegue a realizarse, lo cual exige la declaración de voluntad correspondiente por parte del optante, que puede ser unilateral y no necesita el consentimiento concurrente del dueño por aparecer éste embebido en el contrato de opción, y además que se ejecuten las dos obligaciones típicas del contrato de compraventa: la entrega de la cosa y el pago del precio. Sin la tradición de la finca, al menos, no se adquiere su dominio y no podrá inscribirse la titularidad dominical resultante.

Una de las dificultades que apreció el Registrador para no admitir que la compra futura, resultante del ejercicio del derecho de opción, pudiera realizarse unilateralmente por el optante fue precisamente la necesidad de que el propietario concedente otorgara la escritura de venta porque, en su opinión, sólo así se podría consumir la venta y entregar la cosa. Argumento que no deja de tener su importancia si se piensa que la tradición instrumental regulada en el artículo 1.462 del Código Civil implica el otorgamiento conjunto por ambas partes, el comprador y vendedor, de la escritura de venta. Sin embargo, la Dirección General estima que la escritura del contrato de opción (bilateral) junto con la de ejercicio de la opción (unilateral) integran ambas el título formal o documental suficiente para estimar consumada la venta, realizada la entrega e investido el adquirente de su dominio. Y esta doctrina del Centro Directivo nos parece aceptable. Porque el necesario consentimiento conjunto de transmitente y adquirente que debe formalizarse en la escritura pública para que ésta tenga efectos traditorios, aparecía aquí inicialmente prestado en la escritura de opción. Aunque la decisión de adquirir fuera unilateral en la escritura de ejercicio de la opción, el concedente de la opción y vendedor ya había prestado su consentimiento para vender en determinadas condiciones y para ejecutar su compromiso de venta, dejando en poder del optante la decisión de comprar y de consumir la adquisición de ahí derivada. Y porque de no ser así, quedaría desprovisto de eficacia el derecho del optante, si éste necesitaba contar de nuevo con el consentimiento del concedente para ejercitar la opción y adquirir el dominio de la finca comprada.

En cuanto al pago del precio de la compra, debía igualmente ser satisfecho al ejercitar el derecho de opción y manifestar la voluntad de adqui-

(10) *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, pág. 55, y *Los Registros Jurídicos de Bienes en Derecho español*, pág. 774.

rir. La oferta del concedente de la opción de vender por un determinado precio no implica ninguna forma de aplazamiento de éste. Su aceptación por parte del optante supone el pago al contado del mismo en la forma pactada. No cabe, pues, analogía de este supuesto con la compra cuyo precio resulta total o parcialmente aplazado. Mientras el concedente vendedor no preste su consentimiento a esta forma de pago. Se ejercita la opción declarando la voluntad de comprar y se compra pagando el precio pactado. El requisito del pago del precio es inseparable de la voluntad de comprar, necesario para la consumación de la opción y para la adquisición del dominio resultante de este título de atribución. El pago del precio debe ser simultáneo o anterior al acto de la compra.

En la escritura cuya calificación se recurre se había pactado que, para justificar el pago del precio, bastaría con acompañar a la posterior escritura de ejercicio de la opción certificación bancaria del depósito del mismo a favor de los titulares registrales. La frase que se inserta a continuación, y que se refiere al «momento del ejercicio de la opción», parece que alude al destinatario del depósito bancario, a quien en ese momento fuera titular registral, y no al tiempo de constitución del depósito, simultáneo a aquel ejercicio (depósito establecido en el momento de ejercitar la opción). Dando por buena esta interpretación expresiva, porque en el supuesto excluido el problema ya no se plantearía, la discusión se centra en el hecho de si es válida esa forma de realizar el pago. La Dirección General entiende que no, niega virtualidad jurídica al pacto e impide su inscripción, por estimar que el pago del precio debe justificarse al Notario como ya hecho al otorgar la escritura de ejercicio de la opción (pago previo) o requerir al Notario para su constitución (pago simultáneo). En definitiva, que el optante debe haber cumplido sus obligaciones en el momento de otorgar la escritura, y el precio debe satisfacerse antes de ejercitar la opción o en el mismo momento, pero no después. Aunque en este último supuesto (pago posterior), la justificación de éste sea previa a la solicitud de inscripción. No basta la concurrencia de ambos requisitos antes de la inscripción, ya que lo que se inscribe es la adquisición del dominio así realizada, sino que es preciso que el pago sea anterior o simultáneo para que la opción se consume eficazmente y se produzca el efecto traslativo querido. Problema de validez civil del pacto y no de inscribibilidad registral del mismo. Se perfila así por vía jurisprudencial uno de los requisitos del ejercicio de la opción. Dada la correspondencia entre el derecho a adquirir y la obligación de pago al contado, y la necesidad de que el optante ejercite su derecho, incluso unilateralmente, mediante el cumplimiento de sus obligaciones, parece justificada la solución estricta mantenida por el Centro Directivo en cuanto a este extremo. Y, en todo caso, de indudable transcendencia práctica.

b) Se había pactado igualmente que al ejercitarse el derecho de opción quedarían resueltos automáticamente los demás derechos recayentes sobre la misma finca o porción, sin necesidad del consentimiento de sus titulares, y se cancelarían en el Registro sin más requisitos. Pacto que afecta a uno de los más importantes efectos del derecho de opción inscrito, tanto desde el punto de vista civil como registral, y cuya eficacia también se discutía en el recurso.

Si examinamos los efectos del ejercicio del derecho de opción de compra, debemos recordar cuál es el propósito práctico querido por las partes

con el contrato de opción: que el optante pueda comprar cuando quiera, dentro de las condiciones establecidas, que el contrato de compra se realice en las mismas circunstancias que si se hiciera en el momento de concesión de la opción. No se compra todavía por diversas razones (falta de numerario, prueba de las cualidades del objeto, fijación de destino según mercado, determinación de la posible incertidumbre en cuanto a la utilidad de lo que se quiere adquirir, etc.), pero se quiere que cuando se ejercite la facultad de opción y la compra se lleve a cabo, entonces se compre igual que si fuera ahora. Por eso se concede en el momento presente la facultad de decidir (dentro de plazo) si se compra o no. Por eso también la opción funciona como un precontrato de compra o promesa de compra. Lo hecho después del nacimiento del derecho de opción no debe perjudicar al titular del mismo, no debe afectarle en cuanto sea incompatible con su vocación de adquirir en aquellas condiciones.

Semejante consideración de tipo general puede desplegar su eficacia tanto desde el punto de vista civil (extinción de derechos posteriores incompatibles) como estrictamente registral (cancelación de inscripciones posteriores). Sin perjuicio de distinguir ambos planos en su distinta perspectiva, para contemplar también el supuesto del derecho de opción no inscrito (tanto porque no se pudo inscribir al ser contrario al art. 14 R. H., como porque no se ha solicitado su inscripción), téngase en cuenta sin embargo que la opción no inscrita o sin eficacia real no puede funcionar como tal derecho frente a posibles terceros posteriores. Además, como la vinculación real que implica el derecho de opción carece de publicidad posesoria, como ocurre en los demás derechos reales de adquisición de origen convencional o voluntario, sólo es posible en tales casos la publicidad registral. Y por ello ésta debería juzgar con eficacia constitutiva. De otra forma, la falta de exteriorización posesoria impide su configuración como derecho real o con eficacia oponible.

En virtud del principio de prioridad, el derecho de opción de compra sobre una finca es preferente sobre cualquier otro derecho posterior que recaiga sobre el mismo objeto. Preferencia que se traduce en la extinción de los derechos posteriores cuando sean incompatibles con el de opción (preferencia excluyente) o en su subordinación cuando la compatibilidad sea posible (preferencia anteponente). En todo caso, preferencia del derecho anterior y subordinación de los posteriores. Cuando el optante ejercita su derecho de opción adquiere el dominio de la finca. Su derecho resulta entonces incompatible con cualquier otro constituido con posterioridad: si aparece un nuevo dueño, porque sólo el primero debe ser preferido, y aquél debe sucumbir frente a quien era preferente, ya que no caben dos dominios sobre una finca a favor de distintas personas; mas también si el derecho posterior es limitado (servidumbre, usufructo, hipoteca, etc.), porque el optante debe poder adquirir la finca tal como se encontraba en el momento de concesión de la opción. Es decir, no sujeta a ninguna otra carga o limitación posterior, ya que los derechos reales en cosa ajena actúan como carga del propietario de la finca afectada. El ejercicio del derecho de opción previo produce como consecuencia necesaria la resolución o extinción sobrevinida de los derechos posteriores. Sólo así el derecho de opción de compra producirá los efectos institucionales que le son típicos. Extinción de los derechos posteriores en el plano civil.

Dando esto por sentado, ¿cómo podrá instrumentarse técnicamente esa eficacia frente a terceros? Si éstos (propietario, usufructuario, acreedor hipotecario) han inscrito sus respectivas titularidades, será necesaria la previa inscripción del derecho de opción (11). Para que en virtud de la oponibilidad registral, que es el efecto más importante de esta forma de publicidad, pueda desplegar su eficacia frente a los terceros adquirentes. Recuérdese que la preferencia de la opción inscrita (plano de la eficacia registral, y no sólo de los efectos civiles), y la consiguiente extinción de los derechos posteriores incompatibles, se basa en la concurrencia de tres principios registrales: prioridad, oponibilidad y legitimación. Extinción de las inscripciones posteriores en el plano registral.

Los terceros adquirentes de derechos posteriores deben soportar el ejercicio del derecho del optante en las mismas condiciones que si lo ejercitara el concedente de la opción en el momento en que fue concedido. Frente al optante, es como si no hubiera cambiado el sujeto pasivo del derecho de opción, que sigue a la cosa cualesquiera que sean sus titulares posteriores (*ob rem*). Dada su eficacia real u oponible frente a terceros que deriva de su inscripción. Como ha señalado Roca Sastre, con la inscripción y la publicidad registral, el derecho de opción se impone *erga omnes* a base de la denominada cognoscibilidad legal, de suerte que a todo adquirente posterior a la inscripción le afectará o perjudicará la existencia de este derecho... El derecho de opción de compra inscrito actúa contra todo propietario del inmueble afectado, sea el primero que confirió la opción, sean los posteriores adquirentes del mismo, pudiendo, en consecuencia, el optante o titular del derecho de opción, exigir la venta de la cosa afectada de cualquier persona que al tiempo de hacerse valer la opción, resulte ser dueña de la finca o derecho real inmobiliario afectados. Este subadquirente último propietario de la finca o derecho real queda obligado, no contractualmente, como el propietario o titular concedente de la opción, sino *ob rem*, como subadquirente. En rigor técnico este ulterior adquirente queda subrogado en la obligación personal asumida primeramente por el dueño o titular que concedió la opción (12). Los derechos posteriores resultan subordinados al derecho de opción. El ejercicio de éste actúa como una condición resolutoria de aquéllos. Los terceros verán resuelta su titularidad cuando el optante ejercite su derecho de adquisición y adquiera por compra el dominio de la finca. En este sentido, es correcto pactar que el ejercicio del derecho de opción producirá la resolución automática (y consiguiente cancelación) de los derechos posteriores. Sin embargo, este enjuiciamiento debe ser matizado con otra nueva consideración.

(11) Y aunque la inscripción de esos derechos posteriores no se produzca, porque entonces está perfectamente clara la necesidad de la inscripción de la opción para que pueda vencer en la colisión de derechos inscritos en virtud de su prioridad registral, ¿no será también necesaria la inscripción de la opción en todo caso para que ésta tenga eficacia real frente a los terceros civiles en general, no sólo frente a los terceros registrales, dada su falta de otra publicidad? Recuérdese lo señalado antes acerca del posible valor constitutivo (es decir, como requisito necesario de la constitución del derecho real de adquisición en que la opción consiste) de la publicidad registral en este caso.

(12) En cuanto a los efectos de la opción respecto de los derechos reales, cargas o gravámenes que se hubieren constituido e inscrito con posterioridad a la inscripción del correspondiente derecho de opción de compra—sigue diciendo este autor—, hay que decidirse por el criterio liquidatorio o extintivo de tales derechos, cargas o gravámenes posteriores (*Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., Bosch, Barcelona, 1968, tomo III, págs. 504-506 y 508-509).

Aunque Roca parte de la idea de que el derecho de opción es un derecho personal dotado de efectos reales por su inscripción, tesis que aquí no se comparte por estimar que se trata de un verdadero derecho real de adquisición, lo cierto es que las palabras transcritas relativas a su eficacia oponible y extintiva de derechos posteriores nos parecen perfectamente correctas.

Si el derecho posterior es un nuevo dominio, resultante de transmisión realizada por el dueño anterior que concedió la opción, su resolución automática parece 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.

Pero la situación cambia cuando los derechos posteriores son derechos de realización de valor. Piénsese en el caso más clásico del crédito hipotecario. Los titulares de estos derechos de realización de valor, aunque vean extinguida su titularidad por el ejercicio del derecho anterior preferente, tienen derecho al importe del valor que se obtenga en la venta de la finca, ya sea ésta voluntaria o judicial. O a parte del mismo, si son varios los acreedores y el dinero obtenido no cubre todos los créditos garantizados. Su derecho inscrito, cuya cancelación automática se discute, recae precisamente sobre el valor en cambio de la finca. Aunque la cancelación sea debida por el juego de la preferencia excluyente y de la prioridad, sólo deberá formalizarse cuando se respete el derecho de realización del valor en cambio de la finca que corresponda a los titulares posteriores. Surge así un requisito nuevo para la cancelación de esos derechos posteriores: la necesidad de depositar el dinero obtenido con la compraventa, en ejecución del derecho de adquisición preferente, a disposición de los titulares posteriores de hipotecas, si es que los hay, o de cualquier otro derecho a la realización del valor de la finca. Ocurre aquí algo semejante a lo que sucedía en los supuestos de hipoteca sobre bienes vendidos con pacto de retro (art. 107-7.º L. H.), ejecución hipotecaria (art. 131-16.º L. H. y 235-9.º R. H.) o cancelación de inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones resolutorias (art. 175-6.º R. H.), como oportunamente se recoge en uno de los considerandos de esta Resolución. Para que la cancelación de las inscripciones posteriores se lleve a cabo resulta necesario acreditar el depósito, notarial o judicial, del precio obtenido a disposición de los titulares de derechos de realización de valor inscritos con posterioridad. Y este requisito no puede ser eludido en la regulación convencional del ejercicio del derecho de opción. Por ello, nos parece 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.

c) Más fáciles resultan de comprender las razones de la denegación expresada en el tercer defecto. Al permitirse el ejercicio del derecho de opción sobre la totalidad de las fincas, sobre alguna de ellas o sobre parcelas de las mismas resulta indeterminado (aunque determinable en un momento posterior, a través de la correspondiente segregación, para la cual se hace una delegación en términos generales) el objeto del derecho

cuya inscripción se solicita. Y esta indeterminación impide la inscripción del mismo.

La relación jurídica registral se configura con una precisa determinación de los titulares registrales (13), de los derechos inscritos (contenido, pactos que lo determinan) y de las fincas sobre las que recaen (descritas con los requisitos de la legislación hipotecaria e inscritas previamente a la inscripción solicitada). La necesaria determinación de los elementos que integran este tipo de relaciones jurídicas inscritas, y que es consecuencia de la organización técnica de la publicidad registral, tiene por finalidad evitar imprecisiones o dudas en los datos registrales, y sirve de base al llamado principio de especialidad. El cual adquiere una proyección muy rigurosa cuando se refiere a la identificación de las fincas.

El pacto concebido en los términos expresados no es inscribible. Porque a través de él no se sabe cuál va a ser el objeto (finca concreta) sobre el que recaiga el derecho de opción (sólo determinable en un momento posterior, cuando se ejercite). Y porque la finca sujeta a tal derecho de adquisición, si nace por consecuencia de una segregación ulterior, no aparece inscrita como finca registral en el momento en que la opción debe inscribirse.

Si se piensa, como aquí se ha defendido, que la opción de compra funciona como un precontrato o promesa de contrato de compraventa, recuérdese que según la doctrina más autorizada, para que el precontrato exista y tenga eficacia jurídica habrá de determinar suficientemente el contenido del contrato futuro, pues éste se habrá de celebrar en base a aquél (FLUME), o sea, que contenga los requisitos esenciales propios del contrato que se prepara. Así se entiende que la promesa de vender, en la que no se fije el precio y el objeto que se ha de vender, no obliga como precontrato (14). De modo que la indeterminación del objeto cuya opción de compra se concede, no sólo impide la inscripción del derecho así constituido, sino incluso su nacimiento con eficacia jurídica civil.

En fin, ¿es posible que el propietario actual conceda a la otra parte, adquirente del derecho de opción de compra, la facultad indeterminada de segregar de la finca inicial una porción de la misma para ejercitar su derecho sobre la porción así segregada? Parece que no. La legitimación para el ejercicio de la facultad de segregar corresponde exclusivamente al titular o titulares registrales. La delegación de esta facultad en otra persona exige poder especial, señalando las circunstancias del acto de segregación o de la finca resultante del mismo.

M. A. G.

(13) Si bien, en cuanto a la titularidad, es posible, a veces, la indeterminación transitoria, en forma puramente excepcional: fideicomisarios, reservatorios, etc.; o la determinación mediata en las titularidades subjetivamente reales: dueño del predio dominante que es titular de la servidumbre.

(14) DE CASTRO: «El arbitraje y la nueva *Lex mercatoria*», ADC, XXXII-IV, 1979, pág. 655.