

## CONSIDERACIONES PRÁCTICAS PARA UNA MEJOR PROTECCIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA INSCRITO

 IGNACIO ALBIÑANA  
*Abogado (\*)*

### 1. PRESENTACIÓN

Es indudable la importancia y el gran uso del derecho de opción de compra en el tráfico inmobiliario y muy especialmente por promotores inmobiliarios que quieren asegurar la adquisición de los terrenos sobre los que van a desarrollar su proyecto inmobiliario, sin necesidad de realizar un gran esfuerzo financiero y así minimizar sus riesgos de inversión mientras dan curso a otras cuestiones igualmente importantes, tales como la reordenación urbanística y la obtención de las licencias correspondientes. Solamente si el proyecto es claramente legal, comercial y financieramente factible y viable, el promotor ejercerá dicha opción de compra. Es obvio que cuando llegue el momento de ejercicio de la opción, después de haberse recorrido un camino difícil, laborioso y de gran valor añadido, el promotor pretenderá que la adquisición de los terrenos objeto de opción se efectúe de la forma prevista: rápida, segura y sin costes o complicaciones adicionales.

El objetivo de este artículo es analizar determinados aspectos de gran relevancia práctica, que deben ser tenidos en cuenta en el momento de la redacción y negociación del contrato de opción, con el objetivo de anticiparse a determinados problemas que pueden afectar al optante, y también al concedente, en el momento de la formalización de la compra-venta, en ejecución del derecho de opción.

### 2. EL DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA: SU REGULACIÓN CIVIL E HIPOTECARIA

Apoyándose en el artículo 1451 del Código Civil («CC»), nuestra jurisprudencia y doctrina definen el contrato de opción como aquél en el que una parte concede a la otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato, que ha de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1987 y de 1 de diciembre de 1992).

Es importante destacar que un sector mayoritario de nuestra doctrina y jurisprudencia sostiene que el contrato de opción de compra es un contrato generador de un derecho personal, y no un derecho real, pues no otorga un poder directo sobre la cosa sino sólo la facultad de exigir del concedente un comportamiento determinado con respecto a la misma (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987 y 9 de octubre de 1989). Sin embargo, el derecho de opción de compra es inscribible y, por tanto, produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

El artículo 14 del Reglamento Hipotecario («RH») <sup>1</sup> establece que el contrato de opción de compra es inscribible si, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, se reúnen las siguientes:

(\*) Del Departamento de Derecho Inmobiliario, Urbanismo y Medio Ambiente de Uría & Menéndez

<sup>1</sup> El presente artículo no analiza las especialidades y características propias contenidas en la Compilación Navarra ni en la normativa de Cataluña.

- (i) Convenio expreso de las partes para que se inscriba;
- (ii) Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiera convenido para conceder la opción; y
- (iii) Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

La normativa hipotecaria específica que regula el derecho de opción se limita a dicho precepto que resulta insuficiente para solventar algunos de los problemas prácticos que plantearíamos a continuación.

### 3. EJERCICIO DE LA OPCIÓN Y PERFECCIÓN DE LA COMPRAVENTA: FORMALIZACIÓN UNILATERAL DE LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA

Es perfectamente factible, y altamente recomendable, pactar en la escritura pública de concesión de la opción de compra una facultad que autorice al optante para que, previa consignación del importe total de la opción, pueda otorgar por sí solo la escritura de compraventa.

La jurisprudencia considera (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992, 21 de julio de 1993, 7 de marzo de 1996 y 14 de febrero de 1997) que la opción de compra supone una compraventa concluida que no necesita de actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio. Bastaría la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto, en estado de ejecución y obligatorio para el concedente sin necesidad de más actos, quedando por tanto perfeccionado automáticamente el contrato de compraventa sin que el concedente pueda hacer nada para frustrar su efectividad.

Esta doctrina jurisprudencial es de gran interés pues permitiría al optante-comprador instrumentar en el contrato de opción el procedimiento adecuado para otorgar unilateralmente la escritura de compraventa y proceder de forma inmediata a la inscripción de su adquisición, evitando cualquier dilación ante una actitud rebelde del concedente-vendedor y, por tanto, evitar la necesidad de iniciar un procedimiento judicial exigiendo el cumplimiento forzoso y, en su caso, el otorgamiento de la escritura por el juez en nombre del concedente-vendedor.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado («DGRN») de 19 de julio de 1991 ampara esta posibilidad y reconoce la validez de determinada cláusula del contrato de opción que autoriza al optante para que pueda por sí solo otorgar a su favor la oportuna escritura pública de compraventa, para lo cual la parte concedente le otorga el oportuno poder, previa consignación notarial o judicial, a nombre de la parte concedente, del precio de la compraventa. La DGRN sostiene, en línea con la doctrina jurisprudencial antes indicada, que «desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño o dueños lo hayan consentido al pactarse el contrato preliminar —como sucede en este recurso—, el título del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de ejercicio de opción —otorgada unilateralmente por el adquirente, que en este recurso lo puede hacer ostentando además la representación de los concedentes de la opción, que como se ha visto incluso no sería necesaria— 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.»

En este mismo sentido se pronuncia la Resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 1982, que mantiene que existiendo voluntad expresa y suficientemente documentada de las partes y al amparo del sistema de *numerus apertus* del artículo 7 del RH, la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública es suficiente para que quede perfeccionada la compraventa y consumada la tradición. Esta misma Resolución deniega la extensión de nota marginal acreditativa del mero ejercicio del derecho de opción, no aceptándose dejar constancia registral de la declaración voluntad del optante formalizada en acta notarial donde se requería a la concedente a otorgar la correspondiente escritura de compraventa sino hasta el momento de la presentación de la escritura de compraventa o, en su caso, de la anotación preventiva de la demanda en que se pretenda el otorgamiento de la escritura correspondiente.

Asimismo la Resolución de la DGRN de 27 de octubre de 1999 reitera que no es inscribible un acta notificando el ejercicio de la opción, pues el ejercicio del derecho de opción «[...] no implica la modifica-

ción jurídico-real perseguida, no puede tener acceso al Registro [...]» y «[...] en modo alguno acredita registralmente la efectiva verificación del desplazamiento dominical perseguido, pues con independencia de su posible virtualidad perfeccionadora del contrato definitivo —cuestión que no es necesario ahora prejuzgar—, ni goza de la virtualidad traditoria que, en caso de pacto específico al respecto, podría tener la escritura comprensiva de tal declaración afirmativa en conjunción con la originaria del contrato de opción [...]».

Debemos recordar que en la Resolución de la DGRN 7 de diciembre de 1978 se exige que en la propia cláusula autorizando al optante la facultad del otorgamiento unilateral de la escritura de compraventa se acredite, con carácter previo al citado otorgamiento, la constitución del depósito del precio o al menos el requerimiento al notario autorizante para su constitución, mediante, la entrega a tal efecto de la contraprestación o precio convenido, no siendo suficiente que dicho depósito se efectúe con posterioridad al otorgamiento de la escritura.

#### **4. MODIFICACIÓN DE LA OPCIÓN: PÉRDIDA DE RANGO REGISTRAL**

En la práctica negocial es común la modificación de los contratos entre las partes a fin de que dichos contratos no pierdan virtualidad o queden desfasados como consecuencia de cambios que puedan producirse en la realidad económica y en las situaciones que se pretenden regular. El contrato de opción no escapa a esta necesidad, máxime cuando dicha opción puede tener una duración de hasta cuatro años. Cambios urbanísticos, modificaciones de proyectos con ocasión de la obtención de licencias, alteraciones en la configuración de las fincas, tanto a nivel físico como registral, pueden ser buenas razones que justifiquen cambios en la configuración del derecho de opción inscrito.

La doctrina de la DGRN es taxativa al respecto y sostiene que «el rango registral de cualquier título, sea de carácter constitutivo o modificativo de un derecho real preexistente, viene dado exclusivamente por la fecha del asiento de presentación respectivo» (artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria «LH») (Resolución de la DGRN de 26 de marzo de 1999). Por tanto, los derechos constituidos sobre el inmueble objeto de opción entre la constitución originaria del derecho

de opción y su ulterior modificación no se verán afectados por tal modificación, salvo que hubiera mediado consentimiento de los titulares respectivos.

Por otra parte, la referida Resolución de 26 de marzo de 1999 admite «una denominada ‘alteración paccionada del rango hipotecario’ (artículo 241 del RH), que presupone el consentimiento del titular del derecho pospuesto» y apostilla que «en ningún caso pueden los otorgantes convenir que el nacimiento o la modificación de un derecho preexistente se entienda operada jurídicamente y frente a todos desde un momento anterior.» A nuestro modo de ver, se trata de una doctrina plenamente aceptable, si bien habrá que analizar caso por caso qué modificaciones determinan la pérdida de rango. Obviamente, modificaciones de los pactos de naturaleza personal, y por tanto no inscribibles, quedarían fuera del Registro, por lo que ni siquiera se plantearía el problema. Asimismo, esa doctrina registral no debería ser de aplicación a las modificaciones que objetivamente no perjudicasen a los derechos inscritos con posterioridad.

#### **5. PRÓRROGA DE LA OPCIÓN: PÉRDIDA DE RANGO REGISTRAL**

En primer lugar, entendemos que no existe ningún obstáculo para que la opción pueda ser modificada de modo que subsista en favor del mismo sujeto y con idénticas condiciones, pero durante un periodo superior, a través de sucesivas renovaciones. En efecto, el artículo 14 del RH señala una duración máxima a fin de lograr la inscripción del derecho de opción, pero ello no implica una prohibición para que se amplíe el plazo de duración de la opción mediante una renovación (es decir mediante la concesión de una nueva opción si la duración de ambas se extendiera por un periodo superior al marcado por dicho artículo 14) o mediante una prórroga (si el plazo así prorrogado no excediera de los cuatro años del artículo 14).

Como consecuencia lógica de lo expuesto en el apartado 4 anterior, en ningún caso la modificación (extensión) del derecho de opción inscrito, se rebase o no el plazo de los cuatro años del artículo 14, podrá hacerse valer contra terceros que hayan registrado sus respectivos derechos con anterioridad a la consignación registral de aquella modificación y, por tanto, el ejercicio del derecho de opción en el perio-

do ampliado deja a salvo los derechos adquiridos e inscritos entre la constitución originaria de la opción y su prórroga (Resolución de la DGRN de 30 de septiembre de 1997).

#### **6. TRANSMISIBILIDAD DE LA OPCIÓN: DUDAS SOBRE EL RANGO REGISTRAL DEL DERECHO DEL NUEVO OPTANTE**

No ofrece muchas dudas aceptar la cesión del derecho de opción por parte del optante en favor de un tercero, con el consentimiento del concedente (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1973), que podrá ser otorgado con ocasión de la cesión o en el propio contrato de opción. Incluso la doctrina de la DGRN (Resolución de la DGRN de 4 de enero de 1999) considera que es inscribible la cláusula de cesión del derecho, si bien no considera inscribible la cláusula de cesión en favor de un «[...] optante indeterminado» y en tal sentido deniega la inscripción de la siguiente cláusula. [...] por el optante o por la persona física o jurídica que ésta designe [...]; argumentando que la transmisión de dicho derecho «[...] en todo caso, habrá de verificarse por cualquiera de las causas que el ordenamiento jurídico prevé para ello (artículo 609 del CC) [...]».

En cualquier caso, aceptada la posibilidad de cesión, el tema realmente relevante es la posición o rango que tendrá el nuevo optante una vez operada la cesión de la opción. ¿Mantendrá el rango del optante originario, en cuanto se subroga en su posición jurídica, o tendrá el rango que le correspondiera en el momento de la presentación en el Registro del título legal acreditativo de la cesión? Ni la doctrina ni las Resoluciones de la DGRN se han detenido a analizar esta cuestión. Debería ser pacífico interpretar que el cesionario, ahora optante, adquiera la posición que el optante-cedente ostentara en los asientos del Registro, deviniendo por tanto subrogado en la posición jurídica y por tanto registral del cedente. El hecho de que dicho derecho de cesión figurase en el propio contrato de opción e inscrito en el Registro vendría a reforzar dicha conclusión.

#### **7. OPCIÓN NO EJERCITADA: PROBLEMAS PARA SU CANCELACIÓN REGISTRAL**

Otra cuestión de claro interés práctico, al menos para el concedente, es la cancelación registral de la opción inscrita no ejercitada. Es claro el interés del

concedente por que, vencido el plazo de duración de la opción, el asiento registral correspondiente pueda cancelarse de forma rápida y no confiar en que esto ocurra automáticamente sin acción alguna. El concedente, según las conclusiones que aquí se proponen, deberá instrumentar algún sistema que le permita hacerlo de forma unilateral sin necesidad de contar con la concurrencia del optante.

La eficacia registral del derecho de opción ha de determinarse a la vista de la naturaleza y finalidad del plazo de caducidad establecido en el artículo 14 del RH. Del tenor literal de este precepto resulta evidente que el citado plazo afecta al derecho y no al asiento que lo publica, pues su finalidad es delimitar el tiempo en que puede ejercitarse el derecho; en este sentido el último párrafo del citado artículo es claro, dado que al referirse a la duración de la opción, está aludiendo al derecho y no al asiento.

Por tanto, como señala la DGRN en su Resolución de 30 de julio de 1990, el procedimiento simplificado previsto en la legislación hipotecaria para la cancelación de un asiento caducado (artículo 353.3 del RH) no puede ser de aplicación a la cancelación del asiento que recoge un derecho que puede estar efectivamente exigido o ejercitado. Para proceder a la cancelación del asiento sería necesaria la prueba, debidamente documentada, de la extinción de dicho derecho o, alternativamente, el procedimiento hipotecario de liberación de cargas y gravámenes.

En consecuencia, transcurridos los cuatro años, no procede cancelar el asiento que publica el derecho de opción, sino que el expresado asiento continúa amparando un derecho que ha podido haberse ejercitado en tiempo y forma y cuyo ejercicio ha de acreditarse extrarregistralmente.

La Resolución de la DGRN de 27 de marzo de 2003, reitera que «[...] la cancelación no se produce *ipso iure* [...]» para lo cual será necesario acreditar la extinción del propio derecho de opción (artículo 79.2º de la LH), prueba prácticamente imposible de obtener, pues implicaría acreditar un hecho negativo (el no ejercicio) salvo que el concedente hubiera instrumentado de antemano un sistema para su acreditación (ej. el ejercicio de la opción ha de realizarse mediante acta notarial ante notario determinado), o mediante consentimiento del optante o sentencia

judicial (artículo 82 de la LH). Asimismo dicha Resolución afirma que «éste, como las inscripciones en general, tiene vigencia indefinida».

Esto tiene dos implicaciones prácticas de vital importancia:

- (i) Los adquirentes sucesivos del concedente de la opción, sean de dominio o de derechos limitados, que lo sean en fecha posterior al plazo de caducidad del derecho de opción, quedan expuestos a las consecuencias de que se acredite ante el Registro que la opción se ejercitó en tiempo (Resolución de la DGRN de 30 de julio de 1990); y
- (ii) El propietario-concedente no puede confiar en el mero transcurso del plazo de caducidad del derecho de opción para así contar, desde un punto de vista registral, con una propiedad sin gravámenes, sino que deberá instrumentar e incluir en la escritura pública de opción un procedimiento o mecanismo unilateral a fin de poder acreditar la expiración del plazo sin que se haya producido el ejercicio de la opción. Dicho mecanismo deberá ser diseñado caso por caso y dependiendo de las circunstancias y condiciones requeridas para el ejercicio de la opción, sin olvidar, no obstante, que no todo mecanismo o procedimiento unilateral en favor del propietario-concedente está exento de problemas para su adecuado funcionamiento e inscripción.

## 8. RANGO REGISTRAL DE LA COMPRAVENTA

Es pacífico que la transmisión que se produce en ejercicio del derecho de opción inscrito prevalece sobre los actos dispositivos posteriores realizados por el concedente, procediendo la cancelación de los asientos correspondientes. En este sentido, la Resolución de la DGRN de 6 de mayo de 1998 establece que «[...] presentada en el Registro la compraventa resultante del ejercicio del derecho de opción, no sólo la inscripción de la compraventa no puede ser obstaculizada so pretexto de las exigencias del tracto sucesivo, si en el tiempo intermedio se han otorgado e inscrito otros derechos por el concedente, sino que, por el contrario, es el asiento de tales derechos intermedios los que deberán cancelarse al inscribirse la compraventa [...]». En este mismo sentido se pro-

nuncia, entre otras, la Resolución de la DGRN de 4 de septiembre de 1990.

Esta conclusión es clara desde un punto de vista teórico y no se presta a mayores discusiones. Sin embargo, desde un punto de vista práctico se pueden plantear algunos problemas que analizaremos a continuación.

La citada Resolución de 6 de mayo de 1998 añade «[...] es cierto, no obstante, que para que pueda accederse a la inscripción de la compraventa derivada del ejercicio del derecho de una opción, cuando ello presuponga la previa cancelación de un asiento de dominio intermedio, deberá acreditarse fehacientemente, entre otros extremos, que el derecho de opción se ha desenvuelto con pleno respeto de los términos en que aparece constituido (sólo así la compraventa subsiguiente puede beneficiarse de la prioridad ganada por la inscripción de tal derecho) [...]». Aun estando de acuerdo con tal afirmación, sin embargo, cabe plantearse los siguientes problemas prácticos:

- (i) Es indiscutible que la venta se ha de producir con pleno respeto a los términos en que aparece constituido el derecho de opción de compra, pues sólo de este modo la venta subsiguiente puede beneficiarse de la prioridad ganada por la inscripción de tal derecho de opción. Sin embargo lo que resulta o puede resultar más complejo, como señala y exige dicha Resolución de la DGRN, es la acreditación fehaciente de que ese derecho de opción ha sido correctamente ejercitado.

En el caso analizado por la DGRN el problema quedaba fácilmente resuelto, puesto que el documento objeto de calificación era una escritura de venta de inmueble otorgada por la magistrada-juez en favor del titular del derecho de opción, todo ello en cumplimiento de una sentencia en la que se condenaba al propietario al otorgamiento de dicha escritura de venta en favor de dicho titular y se declaraba que el Derecho de opción inscrito había sido correctamente ejercitado. Conforme a nuestro derecho, el Registrador ha de estar y pasar en su calificación por la exactitud de esa afirmación judicial.

Sin embargo, no siempre el ejercicio de la opción y la consiguiente formalización de

la venta requiere un pronunciamiento judicial. Es en estos casos donde se nos plantea el problema de acreditar fehacientemente el correcto ejercicio de la opción.

La manifiesta y creciente complejidad de las transacciones inmobiliarias puede hacer difícil dicha acreditación. Es común acordar en el contrato de opción que el precio de la compraventa se determinará en función de un valor por m<sup>2</sup> construible de un determinado uso (comercial o residencial, por ejemplo), de acuerdo con las determinaciones urbanísticas a establecer por un futuro plan urbanístico, cuya aprobación está prevista en alguna fecha anterior a la expiración del plazo de duración de la opción. Aunque parece fácil su acreditación, no siempre es así. La utilización de fórmulas complejas para la determinación del precio puede perjudicar la acreditación del correcto ejercicio de la opción.

- (ii) Se nos plantean dudas con respecto al grado de involucración del nuevo propietario de la finca o propietario intermedio, cuyo título decaea como consecuencia del ejercicio de opción de compra, en los siguientes tres momentos: ejercicio de la opción, formalización de la escritura de compraventa y el eventual procedimiento judicial reclamando la formalización judicial de dicha compraventa. No sería descabellado pensar que en el momento de ejercitarse la opción y formalizarse la compraventa el optante debería actuar frente a aquél que resulta propietario conforme al Registro, pues es éste, y no el concedente, quien ostenta el dominio que se ha de transferir al optante-comprador, siendo asimismo el propietario intermedio, el que debería recibir el precio de la compraventa según se deduce de las Resoluciones de la DGRN de 8 de abril de 1991 y 26 de marzo de 1999; y en el supuesto de un eventual procedimiento judicial, parece deducirse, de la Resolución de 6 de mayo de 1998 a sensu contrario, que sería de aplicación el artículo 198 del RH y que, por tanto, dependiendo de la situación registral, el propietario intermedio debería ser citado pudiéndose oponer a la pretensión del optante-comprador, oposición sobre la que deberá pronunciarse el juez,

conforme a lo previsto en dicho artículo 198 del RH.

Sin embargo, conforme al artículo 175.6 del RH (que como veremos más adelante, se aplica analógicamente a los supuestos de cancelación de inscripciones posteriores a la opción de compra), una vez ejercitada la opción de compra, no se precisa el consentimiento de la persona a cuyo favor se haya hecho la inscripción objeto de cancelación, ni se necesita sentencia judicial para proceder a dicha cancelación, funcionando, por tanto, dicho artículo 175.6 como excepción a la norma general del artículo 82 de la LH. Y unido al hecho de que, como se ha expuesto anteriormente, nos encontramos ante un derecho personal y no real y por tanto como tal derecho personal, que se inicia, se desarrolla, se cumple y se agota en la relación del concedente (y subsiguiente vendedor) y el optante (y subsiguiente comprador), parece adecuado concluir que el ejercicio del derecho de opción, formalización de la compraventa y posterior inscripción debería realizarse sin el concurso del titular (intermedio sea del dominio o de otro) derecho real.

## 9. PAGO DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA MEDIANTE COMPENSACIÓN: EXCEPCIONES

La compensación como forma de extinción de las obligaciones está consagrada en el artículo 1156 del CC, por lo que no debería existir discusión sobre el derecho del optante-comprador para aplicar la compensación como forma de pago. Si el concedente-vendedor fuera deudor del optante-comprador y se dieran los requisitos de los artículos 1195, 1196 y siguientes del CC, el optante-comprador debería poder compensar el pago del precio de la compraventa con el crédito que ostenta frente al concedente-vendedor. Tal facultad de compensación podría pactarse en el contrato de opción, si bien sería superflua, pues en cualquier caso sería aplicable el régimen legal de la compensación y así se mantiene en la Resolución de la DGRN de 8 de abril de 1991, en la que se indica que es un pacto que, reconocido en Derecho español, resulta innecesario inscribirlo por cuanto el efecto solutorio de la compensación está proclamado por el legislador y, además, «carece de trascendencia real».

Sin embargo, el optante-comprador debe ser consciente de que la compensación tiene alguna excepción y no debería confiar en dicho régimen legal ni, incluso, en el pacto expreso contenido en el contrato de opción estableciendo la compensación como forma de pago:

- (i) La Resolución de la DGRN de 8 de abril de 1991 niega la compensación en caso de que en el momento de ejercicio de la opción el concedente hubiera transmitido voluntaria o forzosamente su dominio a un tercero y afirma que «el pago del precio, en caso de ejercicio, deberá abonarse a quien en ese momento ostente la propiedad del bien afecto, y sólo respecto de él y no del concedente (si ya no es propietario) podría operar la compensación.»
- (ii) En caso de existir cargas posteriores a la opción, tal y como se analiza en el apartado 13 posterior, difícilmente podría el optante-comprador pagar todo o parte del precio, por compensación de los créditos que ostente el optante frente al concedente-vendedor, so pena de renunciar a la cancelación de las cargas posteriores. El artículo 175.6 del RH exige la consignación o depósito del precio íntegro de la compraventa a favor de los titulares de derechos posteriores, pues tal precio pasará a ocupar por subrogación real la posición jurídica que tenía el inmueble de modo que los derechos que antes recaían sobre el inmueble, pasan ahora a recaer sobre el precio. Y es lógico, pues en caso contrario el optante-comprador estaría saldando su crédito frente al concedente-vendedor usando un montante dinerario con preferencia a las cargas que pesan sobre dicho inmueble, cuando dicho crédito no goza de protección alguna frente los créditos asegurados en el Registro, por lo que la compensación no debería operar.

#### **10. APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE PURGA A UNA OPCIÓN DE COMPRA INSCRITA CON POSTERIORIDAD A LA HIPOTECA EJECUTADA: EXCEPCIÓN**

El principio de purga o cancelación de asientos posteriores, consecuencia del principio de prioridad registral, determina que las hipotecas y derechos ins-

critos o anotados con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta permanecen subsistentes y las hipotecas y derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta se cancelan o extinguen.

Conforme al artículo 134 de la LH, en su redacción introducida por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC»), «[...] el testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, *así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas*, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento [...]».

Por su parte los artículos 692.3 y 674 de la nueva LEC aluden de forma genérica a la cancelación de «*las inscripciones y anotaciones posteriores*», expresión más amplia que la del propio artículo 134 de la LH. Esta formulación más amplia es la que se recoge en el artículo 236.L.3 del RH cuando, en sede de procedimiento ejecutivo extrajudicial, establece que «la escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de *todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella.*»

La ejecución de una hipoteca de rango preferente supone, pues, la extinción no sólo de la hipoteca ejecutada sino también de todas las cargas y gravámenes posteriormente inscritos o anotados. La finca pasa al adjudicatario libre de la hipoteca ejecutada y de las cargas y gravámenes posteriores.

El acogimiento en nuestro Derecho vigente del principio de purga de cargas posteriores no admite discusión a la vista de los preceptos transcritos. Ahora bien, todo esto —que en principio parece claro— puede complicarse al concretar cuáles son los asientos que deben ser cancelados. La doctrina registral ha puesto su empeño en interpretar el significado del término «posteriores»<sup>2</sup>. Asimismo, la doctrina se ha centrado también en determinar las concretas

<sup>2</sup> Véase R. A. Rivas-Torralla, *Anotaciones de Embargo, II*, Centro de Estudios Hipotecarios, 1994, págs. 445 y siguientes.

«cargas, gravámenes o inscripciones de terceros poseedores» que no están condenadas a la extinción como consecuencia de la cancelación de una hipoteca de rango preferente (así, por ejemplo, las declaraciones de obra nueva y divisiones horizontales o las servidumbres en que la finca hipotecada figure como dominante)<sup>3</sup>.

Sin embargo, no existe base legal ni razón o justificación suficiente que permita sostener que la opción de compra inscrita deba escapar al principio de purga, y todo ello a pesar de las dudas interpretativas que suscita la nueva redacción del artículo 134 de la LH. En definitiva, el asiento relativo a una opción de compra, quedará cancelado como consecuencia de la ejecución de una hipoteca de mejor rango, a tenor de los citados preceptos.

Como excepción a la purga de una opción inscrita, conviene resaltar la facultad del adjudicatario de optar por la subsistencia de carga posterior. La DGRN, en su Resolución de 24 de febrero de 2000, ha reconocido al adjudicatario de la finca dicha facultad. En este sentido, dicha Resolución mantuvo que el adjudicatario podía optar por la subsistencia de un arrendamiento rústico que se había constituido con posterioridad a la hipoteca, posteriormente ejecutada. Como excepción al principio de purga, habrá que entender en vigor aquéllos asientos posteriores a la hipoteca ejecutada en los que voluntariamente se subroga el adjudicatario<sup>4</sup>. Esta doctrina es plenamente aplicable a la posible subsistencia del derecho de opción.

### 11. DERECHO DEL OPTANTE PURGADO A RECUPERAR LOS IMPORTES SATISFECHOS EN CONCEPTO DE PRECIO DE LA OPCIÓN

Se plantea la cuestión de si, desde un punto de vista de Derecho civil, el titular de un derecho de opción de compra inscrito extinguido como consecuencia de la ejecución de una hipoteca de mejor rango ostentaría una acción personal contra el concedente de la opción por los importes satisfechos en concepto de

precio de la opción y/o anticipos a cuenta del precio de compra.

La cuestión estriba en determinar, a la vista de los términos de la opción estipulados por las partes, qué parte contractual (el concedente o el optante) asumió el *riesgo de ejecución* de la hipoteca de rango preferente a la opción. Si el beneficiario tomó la opción a sabiendas de que la finca estaba hipotecada, y sin el compromiso del concedente de la opción de levantar las hipotecas de rango anterior y de vender la finca libre de cargas, habiéndose tomado este hecho en consideración al convenirse el precio, en tal caso el beneficiario de la opción ha asumido el riesgo de ejecución y, por tanto, no estará facultado para recuperar los importes satisfechos. En otro caso, mediando el compromiso del concedente de levantar las hipotecas de rango anterior y de vender la finca libre de cargas, el beneficiario no ha asumido el riesgo de ejecución hipotecaria y, en consecuencia, ostenta un crédito personal para resarcirse de los importes satisfechos al concedente de la opción.

Sentado lo anterior, conviene analizar si, desde el punto de vista del Derecho hipotecario, en caso de extinción de un derecho de opción de compra, el beneficiario de la opción extinguida tiene derecho a ser satisfecho, por el orden de su rango, con el sobrante del importe que se haya obtenido de la realización forzosa de la finca hipotecada.

Entendemos que reconocer semejante derecho al optante de su derecho ya purgado supondría equiparar, sin más, su protección registral a la de un acreedor hipotecario de rango inferior al de la hipoteca ejecutada<sup>5</sup>, lo que, en última instancia, implicaría reconocer al optante una hipoteca tácita respecto a los importes por él satisfechos al concedente de la opción. En nuestra opinión, el derecho del optante de resarcirse de los importes satisfechos es un mero crédito personal frente al concedente de la opción, sin rango real ninguno.

<sup>3</sup> P. Ávila Navarro, «La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados», *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, 2000, pág. 661).

<sup>4</sup> F. J. Gómez Gállego, «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento», *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 659, 2000, pág. 1909.

<sup>5</sup> Según entiende la posición de éste último R. M. Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Editorial Bosch, 1995, pág. 56.

En nuestra opinión, por tanto, la doctrina de la subrogación real contenida en la Resolución de la DGRN de 17 de marzo de 1993 respecto a los créditos inscritos con posterioridad a la hipoteca ejecutada no resulta de aplicación al mero beneficiario de una opción de compra inscrita. Así pues, no entendemos equiparable la posición del beneficiario de un derecho de opción purgado a la de un acreedor hipotecario de rango inferior al de la hipoteca ejecutada en cuanto al derecho de este último de cobrarse del sobrante del remate una vez satisfecho el crédito del acreedor ejecutante.

## **12. PURGA DE ASIENTOS POSTERIORES EN CASO DE EJERCICIO DE UNA OPCIÓN DE COMPRA INSCRITA**

Se trata ahora de determinar los efectos del ejercicio de la opción con respecto a cargas constituidas e inscritas en la finca con posterioridad a la inscripción de la opción.

Ante el silencio legal, la jurisprudencia ha optado por el criterio de la extinción de las cargas y derechos posteriores que hayan accedido al Registro después de haber quedado inscrita la concesión del derecho de opción, por lo que el optante efectuaría la adquisición de la finca en la situación jurídica existente en el tiempo de concertarse la opción. De acuerdo con las líneas maestras de este sistema, el optante podrá desconocer las cargas impuestas sobre la finca que no figuren inscritas antes que el derecho de opción<sup>6</sup>.

La opción de compra, cualquiera que sea la posición que se adopte respecto de su naturaleza (como derecho de crédito o como derecho real), al acceder al Registro de la Propiedad provoca, entre otros, el efecto de que, una vez ejercitada, supone la extinción de los derechos reales, cargas y gravámenes inscritos con posterioridad a la opción, cancelándose los asientos correspondientes. En este sentido, la Resolución de 7 diciembre 1978 establece que, al permitirse la inscripción del derecho de opción (siempre que concurren los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria), los efectos protectores de la legislación hipotecaria se extenderán 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 la adquisición y gravámenes que inscribieran su derecho con posterioridad al del optante, los cuales resultarán extinguidos en caso de que se consume la opción.

De este modo, aunque la opción de compra inscrita no cierra el Registro de la Propiedad, por lo que no prohíbe disponer ni gravar, el acreedor hipotecario de rango inferior debe soportar el ejercicio de la opción: las inscripciones posteriores al derecho de opción inscrito deben sufrir la cancelación de sus derechos (Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2001).

En consecuencia, el ejercicio de una opción de compra inscrita de mejor rango implica la cancelación de cualesquiera hipotecas de rango posterior al de la opción de compra que se ejercita por virtud del principio de prioridad registral. Como se analizará en el apartado 13 siguiente, la cancelación de las cargas posteriores requiere el depósito o consignación del precio íntegro de la compraventa (artículo 175.6 del RH) Las implicaciones prácticas de la aplicación de dicho artículo 175.6 se analizan a continuación.

## **13. EXTINCIÓN DE CARGAS POSTERIORES EN CASO DE EJERCICIO DE UNA OPCIÓN DE COMPRA INSCRITA: DEPÓSITO DEL PRECIO ÍNTEGRO (ARTÍCULO 175.6 DEL RH)**

Como hemos señalado anteriormente, ni la LH ni el RH regulan la cancelación de los derechos reales, cargas y gravámenes extinguidos como consecuencia del ejercicio del derecho de opción. Las primeras Resoluciones que abordaron este tema (Resoluciones de la DGRN de 7 de diciembre de 1978 y 28 de septiembre de 1982) se inclinaron por aplicar las soluciones establecidas para otros supuestos: (i) el artículo 175.6 que regula la cancelación de inscripciones de ventas sujetas a condiciones resolutorias en caso de cumplirse la causa de resolución, estableciendo la obligación de consignar el valor de los bienes o el importe de los plazos que haya de ser devuelto, procediéndose a cancelar los derechos reales posteriores; y (ii) el antiguo artículo 131.7 de la LH (actualmente artículo 132.4 de la LH), que establecía que el sobrante después de pagado el crédito hipotecario se depositará a disposición de los titulares de derechos reales posteriores. Esta doctrina se ha

<sup>6</sup> F. J. Lorenzo Merino, *La opción de compra en el Derecho español*, Tórculo Ediciones, 1992, pág. 206.

venido aplicando sin excepción por las Resoluciones dictadas con posterioridad, aplicando el artículo 175.6 del RH (entre otras las Resoluciones de la DGRN de 10 de abril de 1987, 8 de junio de 1998, 26 de marzo de 1999, 18 de abril de 2002 y 11 de junio de 2002).

En definitiva, para cancelar las cargas posteriores a una opción de compra inscrita, es necesario consignar el importe íntegro del precio en establecimiento público destinado a tal efecto (establecimiento bancario o caja oficial, dice el artículo 175.6ª del RH), a disposición de los titulares de cargas posteriores. En este sentido, la Resolución de la DGRN de 11 de junio de 2002 establece que «[...] para cancelar derechos posteriores al ejercicio de la opción, como ha dicho ya este Centro Directivo, se requiere la consignación o depósito del íntegro precio de la opción a favor de los titulares de tales derechos, o el consentimiento de los mismos [...]».

A la vista del tenor de la referida Resolución de la DGRN de 11 de junio de 2002 (que exige alternativamente el depósito del precio de compra en favor de los titulares de los derechos posteriores que se extinguen o el consentimiento de tales titulares), no será necesario alcanzar un acuerdo con los titulares de créditos garantizados con hipotecas de rango inferior a la opción de compra que se ejercita, en la medida en que se proceda al depósito del precio de compra en favor de tales acreedores. Ni tampoco será de aplicación, como señala la Resolución de la DGRN de 8 de junio de 1998, la exigencia de providencia ejecutoria para la cancelación de inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial (artículo 83 de la LH), como se pretendía en el caso contemplado en dicha Resolución, con respecto a determinados mandamientos judiciales de embargo posteriores a la inscripción de la opción.

La citada Resolución de 11 de junio de 2002, al exigir la consignación o depósito del «*íntegro precio de la opción*», plantea muchos interrogantes de orden práctico:

- (i) En el supuesto de que existiesen cargas anteriores a la opción de compra, el optante habría pactado normalmente en el contrato de opción, bien la subrogación en el préstamo hipotecario, procediendo en tal caso a pagar parte del precio de la compraventa

mediante asunción de la deuda hipotecaria, bien la amortización anticipada por parte del concedente-vendedor del préstamo hipotecario, en el momento de formalizarse la compraventa y en unidad de acto. En el primer supuesto, el concedente-vendedor recibiría parte del precio, en cuanto que por el resto quedaría liberado de la deuda hipotecaria, y en el segundo recibiría la totalidad del precio, si bien debería destinar parte del mismo a amortizar el préstamo.

Hemos de preguntarnos, no obstante, si la aplicación del precio, en el segundo, imposibilitarían cumplir con lo exigido en el artículo 175.6 del RH y por tanto impedirían la cancelación de las cargas posteriores. A nuestro entender, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa al amparo, al menos, de la literalidad del propio artículo citado que habilita, en este caso al optante-comprador, a aplicar sobre la consignación «las deducciones que en su caso procedan». Entendemos que el concepto de *íntegro precio de la opción* debería entenderse una vez descontados los importes correspondientes a la subrogación o amortización de las hipotecas anteriores, no sólo por el concepto económico de precio, que implicaría un menor valor de la cosa como consecuencia de cargas anteriores no susceptibles de purga, sino también por el propio concepto de subrogación real, comentado anteriormente, en donde las cargas anteriores tendrían una preferencia sobre las posteriores a la opción.

- (ii) Iguales dudas suscita el supuesto en que el precio de la opción (ya sea abonado en el momento de la concesión de la opción o fraccionadamente durante la vigencia de la misma) se deduce del precio de la compraventa. En este supuesto, en donde ya se ha producido un pago al concedente-vendedor previamente al ejercicio de la opción, difícilmente el beneficiario-comprador podrá depositar el *íntegro precio de la opción*, pues parte del mismo ya fue abonado al concedente. Nos inclinamos a pensar que la expresión «íntegro» no debería referirse a los pagos efectuados con anterioridad a la existencia de cargas posteriores y, por tanto,

- el requisito de depósito íntegro no debería, bajo ninguna circunstancia, afectar al pago hecho en el momento de la concesión de la opción; y sólo a aquellos pagos que, hechos de forma fraccionada durante la vida de la opción, deban ser satisfechos cuando en el Registro aparezca registrado o anotado un derecho de terceros posterior a la opción.
- (iii) Puede sostenerse que el depósito afectará, por lo que se refiere a las cargas posteriores, a aquella parte del precio que sea suficiente para cubrir la responsabilidad total o asegurar la satisfacción íntegra de las deudas o responsabilidades protegidas registralmente. No sería lógico pensar que existiendo una única carga posterior por un importe ínfimo de responsabilidad, el concedente-vendedor se viera privado temporalmente de la libre disposición del precio restante.
- (iv) Como quiera que la cancelación de las cargas posteriores está condicionada a la acreditación del depósito, dicha cancelación no se producirá de forma inmediata en caso de que en la opción se hubiera pactado el aplazamiento del pago de todo o parte del precio de la compraventa una vez consumada esta, por lo que dichas cargas continuarán vigentes en el Registro, hasta que el pago aplazado devenga exigible y el optante-comprador haya procedido al depósito. Entendemos que, a efectos de proceder a la rápida cancelación de dichas cargas, la modificación de los términos de pago que implique el adelanto de la parte aplazada, acarrearía un claro riesgo de que se entienda que el derecho de opción no se ha desenvuelto con pleno respeto de los términos en que aparece constituido, por lo que existiría el riesgo de que la compraventa no pueda beneficiarse de la prioridad ganada por la inscripción de la opción.
- (v) Similares dudas plantean los supuestos en los que el optante se ha obligado, en pago del precio de la compraventa, a la entrega de alguna cosa no fungible o imposible de ser objeto de depósito, o a la realización de una obra o servicio (la Resolución de la DGRN de 10 de abril de 1987 parece apuntar alguna solución en un supuesto parecido).
- (vi) Como ya indicamos anteriormente, se incumpliría con lo previsto en el ya tan mencionado artículo, si el optante-comprador procediera a la compensación como forma de extinción de la obligación de pago del precio.
- (vii) De igual forma, el optante-comprador no podría deducir del precio el importe que pudiera derivarse de la aplicación de una eventual cláusula penal establecida en el contrato de opción, como se desprende de la doctrina de la DGRN en relación con la interpretación de «deducción» que se menciona en el citado artículo (Resoluciones de la DGRN, entre otras, de 19 de enero de 1988, 16 y 17 de septiembre de 1987).
- (viii) Finalmente cabe destacar que la expresión «precio íntegro» está siendo interpretada de forma un tanto inflexible en la práctica registral, con la consecuencia, en la práctica, de que en caso de existencia de cargas posteriores a la opción, el optante busque el acuerdo con los titulares posteriores a fin de evitar tal consignación no siempre posible o deseable, persiguiendo la cancelación de dichas cargas posteriores mediante la sustitución por instrumentos de pago suficientemente avalados, es decir, reemplazando la consignación por otros instrumentos o formas de pago. En tal caso se cancelarían las cargas posteriores al concurrir el consentimiento de los titulares afectados.

#### 14. CONCLUSIONES

En primer lugar nos ha parecido conveniente reproducir para el lector algunas de las declaraciones contenidas en la doctrina de la DGRN, tales como que «el derecho de opción que si no puede calificarse de completamente atípico, sí carece de una regulación minuciosa que profile su específico contenido y efectos» (Resolución de 4 de enero de 1999), o «la aplicación de los principios básicos en la materia y una adecuada valoración de las circunstancias del caso contemplado han de guiar la búsqueda de soluciones equilibradas en una materia como el derecho de opción, huérfano de legislación específica» (Resolución de 30 de septiembre de 1987). Esa escasa regulación legal, unida a la naturaleza mixta de derecho

personal con efectos reales a partir de su inscripción, tiene como resultado el que se planteen en el tráfico problemas prácticos, con los consiguientes riesgos. Por ello, hemos intentado abordar en nuestro trabajo los problemas más comunes y ofrecer algunas recomendaciones prácticas para solventarlos o, al menos, para minimizar los riesgos. Del repaso de las disposiciones de la legislación hipotecaria y de la doctrina de la DGRN, destacamos las siguientes conclusiones prácticas, encaminadas a estructurar un contrato de opción de compra inscribible que permita una mayor protección del derecho del optante:

- (i) El optante debe incluir en el contrato de opción el mecanismo o procedimiento que le autorice, una vez ejercitada la opción, a otorgar de forma unilateral la escritura pública de compraventa, para así proceder a la inscripción de su título de propiedad sin dilación alguna.
- (ii) El optante debe ser consciente de que, en determinados supuestos, la modificación del contrato de opción puede implicar una pérdida de rango registral; igualmente la prórroga o la renovación o nueva concesión de la opción implicaría una pérdida de rango registral.
- (iii) El optante y el cesionario de la opción deben ser conscientes de que la cesión del derecho de opción puede implicar igualmente una pérdida de rango.
- (iv) El concedente ha de ser consciente de que la cancelación del asiento relativo a la opción, una vez expirado este derecho, requiere el consentimiento del optante o un pronunciamiento judicial, a menos que se instrumente un mecanismo que le permita hacerlo de forma unilateral sin necesidad de concurrencia del optante.
- (v) El optante ha de ser consciente de que la compraventa se ha de producir con pleno respeto de los términos de la opción de compra, pues de este modo el optante-comprador podrá beneficiarse de la prioridad ganada por la inscripción de tal derecho de opción. Asimismo, ha de estar preparado para poder acreditar, de forma fehaciente, que la opción ha sido ejercitada en tiempo y forma, en los términos contenidos en la opción.
- (vi) El optante ha de ser consciente de que la compensación, como forma de pago del precio de la compraventa, puede ser de imposible aplicación, a pesar de que se cumplan los requisitos establecidos en el Código Civil.
- (vii) El optante debe tener muy presente el concepto de «depósito del íntegro precio», pues la cancelación de las eventuales cargas posteriores requerirá consignar o depositar el íntegro precio de la compraventa.
- (viii) Como consecuencia de lo anterior, la prima o precio de la opción (ya sea pagadera en el momento de su concesión o fraccionadamente durante la vigencia de la opción), no debe estructurarse como cantidad a deducir del precio de la compraventa, sin perjuicio de que dichos importes se tengan en cuenta para fijar precio de la compraventa. En caso contrario, según una interpretación restrictiva que no compartimos, podría considerarse incumplida la obligación legal de depósito del precio íntegro, antes aludido, y, por ende, frustrarse la cancelación de las cargas posteriores.
- (ix) Igualmente, cualquier pacto que permita al optante-comprador cumplir con su obligación de pago del precio mediante contraprestación diferente al dinero (así, por ejemplo, ejecución de una obra o servicio) puede acarrear problemas para dar cumplimiento al depósito del precio íntegro.
- (x) El optante no debe descartar que, ante la imposibilidad práctica de depositar el precio íntegro para la cancelación de las cargas posteriores, será necesario llegar a un acuerdo con los titulares de derechos inscritos posteriores a la opción a fin de sustituir dicho depósito por otros mecanismos o instrumentos de pago o de garantía y contar así con su consentimiento para proceder a la cancelación de sus asientos.
- (xi) La inscripción de la opción no cierra el Registro, por lo que el concedente podrá gravar o disponer de su derecho de propiedad teniendo acceso al Registro dicho gravamen o disposición. Cualquier pacto contenido en el contrato de opción prohibiendo el gravamen o la disposición no tendrá eficacia alguna en el plano registral.