

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**7274** *Resolución de 31 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Lepe, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa en ejercicio de derecho de opción.*

En el recurso interpuesto por don F. J. O. C., en nombre y representación de la sociedad «Onuba de Ferretería, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Lepe, don Miguel Verger Amengual, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa en ejercicio de derecho de opción.

#### Hechos

I

Por la notaria de Lepe, doña Blanca Eugenia Barreiro Arenas, se autorizó, el día 25 de mayo de 2016, número 760 de protocolo, escritura pública de contrato de compraventa por ejercicio de opción de compra. En dicha escritura se hizo constar que la finca que constituye el objeto del negocio está gravada con una hipoteca, inscripción 2.ª, tres anotaciones de embargo, la primera letra A, anotada el día 19 de junio de 2013, la segunda letra B, anotada en fecha 20 de noviembre de 2015, y la tercera letra C anotada el día 17 de marzo de 2016. Igualmente, se hizo constar que la finca está gravada con un derecho de opción de compra que se inscribió en el Registro de la Propiedad dando lugar a la inscripción 4.ª de fecha 14 de noviembre de 2012. Dicha inscripción se practicó en virtud de escritura autorizada por la misma notaria el día 4 de junio de 2012, complementada por otra complementaria autorizada por dicha notaria el día 9 de julio de 2012, de las que resultaba la constitución del derecho de opción de compra y en las que se pactó que, el precio de la compraventa, en caso de ejercicio, sería de 279.600 euros y que para la determinación del precio líquido se deduciría del mismo el precio de la opción, los alquileres satisfechos hasta ese momento y que el precio se satisfaría, bien al contado, bien por subrogación en la hipoteca que grava la finca, estableciéndose que la optante podría pagar las cuotas del préstamo teniendo dichos pagos carácter de pagos por cuenta de tercero y deduciéndose del precio de la compraventa en caso de ejercicio. En la escritura presentada, las partes hicieron constar el ejercicio de opción de compra que se lleva a cabo mediante el pago de la cantidad pactada de la siguiente manera: la confesión como recibida del precio del derecho de opción, la confesión de determinadas cantidades que se han ido satisfaciendo y que vienen detalladas y la cantidad de 132.941,84 euros es retenida por la parte compradora, subrogándose en el préstamo hipotecario inscrito previamente. Se solicitó, finalmente, la inscripción en el Registro de la Propiedad con cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la de opción de compra.

II

Presentada la referida documentación en el Registro de la Propiedad de Lepe, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Lepe El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación de la precedente escritura, de conformidad con los artículos 18 y 19 Bis de la Ley Hipotecaria, hace constar: Hechos I.– Se presenta a inscripción escritura donde la entidad mercantil “Onuba de Ferretería, S.L.” debidamente representada, como titular de un derecho de opción de compra sobre la finca registral 34.604 de Lepe, ejerce dicho derecho, adquiriendo el citado inmueble, dando su

pleno consentimiento los titulares registrales de la finca, don J. A. D. y doña M. T. A. M., subrogándose el ejercitante de la opción en la carga hipotecaria que grava la finca, y solicitándose la cancelación de las cargas posteriores. El citado derecho de opción de compra, en cuyo ejercicio se otorga el título calificado, se concedió mediante escritura autorizada por la Notario de Lepe, doña Blanca Eugenia Barreiro Arenas, el día cuatro de Junio del año dos mil doce, protocolo número 435/2012, complementada mediante la primera copia de otra escritura otorgada el día nueve de Julio del año dos mil doce, ante la citada Notaria, con el número 618 de su protocolo, que causó la inscripción 4.ª de la citada finca 34604, de fecha 14 de noviembre de 2012. Con fecha 19 de junio de 2013 en virtud de mandamiento expedido por el Juzgado de Primera instancia número Cinco de Huelva, se anotó –con posterioridad, por tanto, a la opción ejercitada– un embargo de: ciento catorce mil cuatrocientos cincuenta y dos euros con cincuenta y nueve céntimos. Con fecha 20 de noviembre de 2015 en virtud de mandamiento expedido por el Juzgado de Primera instancia e instrucción número Tres de Ayamonte, se anotó –con posterioridad, por tanto, a la opción ejercitada–, un embargo en reclamación de cincuenta y un mil trescientos veintiún euros con noventa y nueve céntimos de principal, más quince mil trescientos noventa y seis euros de intereses y costas. Con fecha 17 de marzo de 2016 en virtud de mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Cinco de Ayamonte, se anotó –con posterioridad, por tanto, a la opción ejercitada–, un embargo en reclamación de ciento sesenta mil cuatrocientos sesenta y tres euros con treinta y cuatro céntimos de principal, más cuarenta y ocho mil ciento treinta y nueve euros de intereses, gastos y costas. En la escritura calificada se solicita la inscripción, así como la cancelación de las cargas posteriores, ahora bien, para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de cargas posteriores, por exigirlo así el artículo 178.6 del Reglamento Hipotecario. II.–En la estipulación Tercera de la precedente escritura, la parte adjudicataria, tras la subrogación, señala como domicilio, para cuantas notificaciones y requerimientos se deriven del préstamo hipotecario que gravan la finca 34.604, el que consta en la comparecencia de la escritura calificada, sin que se acredite, la notificación fehaciente al acreedor. Fundamentos de Derecho I.–Es necesario el depósito del íntegro precio de la venta realizada a disposición de todos los titulares de derechos posteriores que de él traigan causa, por exigirlo así tanto el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario como la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, para la que, aun cuando ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento regulan la cancelación de los derechos reales, cargas y gravámenes extinguidos como consecuencia de la consumación del derecho de opción, esta cuestión ha de ser resuelta teniendo en cuenta los principios generales, y en especial los hipotecarios que informan nuestro ordenamiento jurídico, como ya se puso de manifiesto en la Resolución de 7 de diciembre de 1978. En el mismo sentido, al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos al tener que sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere –como indicó la mencionada Resolución– que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantías que ello podría implicar para los terceros afectados (Resoluciones de 18 de abril de 2002, 4 de septiembre de 2009, 18 de mayo de 2011, 16 de noviembre de 2012, y 5 de septiembre y 6 de noviembre de 2013, y 4 de marzo de 2014, entre otras). II.–Artículo 683 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su nueva redacción por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que en su apartado 1 establece: “1. El deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones, sujetándose a las reglas siguientes: 1.ª Cuando los bienes hipotecados sean inmuebles, no será necesario el consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del

Juzgado. Para cambiar ese domicilio a punto diferente de los expresados será necesaria la conformidad del acreedor. 2.ª cuando se trate de hipoteca mobiliaria, el domicilio no podrá ser cambiado sin consentimiento del acreedor. 3.ª En caso de hipoteca naval, bastará con poner en conocimiento del acreedor al cambio de domicilio. En todo caso, será necesario acreditar la notificación fehaciente al acreedor. En su virtud, Acuerda Suspende la inscripción interesada en el precedente documento, por los defectos subsanables de: I.—No haberse acreditado la pertinente consignación del importe del precio pagado, para proceder a la cancelación de los embargos posteriores que gravan la finca que es objeto de opción de compra; y II.—No haberse acreditado la notificación fehaciente al acreedor, para la inscripción del cambio de domicilio, para cuantas notificaciones y requerimientos se deriven del préstamo hipotecario que gravan la finca número 34.604, solicitado en la precedente escritura. No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado expresamente. Contra la nota de calificación negativa (...) Lepe, dos de febrero del año dos mil diecisiete El registrador (firma ilegible) Fdo: Miguel Verger Amengual».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don F. J. O. C., en nombre y representación de la sociedad «Onuba de Ferretería, S.L.», interpuso recurso el día 13 de marzo de 2017 en virtud de escrito en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que está aceptado por la Dirección General de los Registros y del Notariado que ni la Ley ni el Reglamento Hipotecarios regulan la cancelación de los derechos y gravámenes posteriores a la opción y que se extinguen por su ejercicio, por lo que la cuestión ha de ser resuelta por los principios generales de nuestro ordenamiento conforme a los cuales: a) el artículo 39 de la Ley Hipotecaria «proclama el principio de fe pública registral» (sic), por lo que los anotantes posteriores conocían la existencia de la opción cuando se anota su embargo. Por el contrario, nada sabe el comprador de los embargos posteriores ni tiene por qué saberlo, pues son aquéllos a quienes incumbe la carga de notificarlos. Nuestro ordenamiento no protege los intereses de un tercero que no los hace valer trasladando a un tercero de buena fe, el optante, las consecuencias de aquella falta de diligencia. Tampoco los anotantes embargaron el derecho de crédito sobre el precio de la compraventa para el caso de que claudicase la anotación, a excepción de «Cajasur», como se justifica con determinada documentación que se aporta. La calificación ignora los derechos del optante que al tiempo de escriturar ya ha satisfecho el precio en los términos en que se pactó; b) el principio de prioridad asigna a cada asiento un rango jerarquizado respecto de los practicados con posterioridad. En su virtud, los acreedores preferentes no pueden ser postergados respecto a los posteriores. Obligar ahora al optante a consignar el precio vulnera su derecho a adquirir la finca en la misma situación jurídica que tenía al constituirse la opción. La exigencia conculca el derecho a pactar la forma de pago en beneficio de unos terceros que, pese a conocer el derecho inscrito, no defendieron su derecho; c) que de los artículos 76 y 79 de la Ley Hipotecaria y 1923 del Código Civil resulta que, ejercitado el derecho de opción, la extinción de los derechos posteriores es una consecuencia inevitable, y d) que de los artículos 637, 639, 656, 657, 659, 666, 670 y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta la protección de los derechos superiores en rango incluso en perjuicio del acreedor ejecutante, pero sólo si los titulares han comunicado el estado de sus créditos a efectos de avalúo y previendo la posibilidad de que los posteriores satisfagan antes del remate el importe debido dentro del límite de responsabilidad que resulte, siendo estas cargas anteriores las únicas que no se cancelan si no son satisfechas. Así lo consideró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de noviembre de 2003, quien afirma la innecesariedad de consignar el precio de la compraventa sin considerar aplicable el artículo 175.6.ª del Reglamento Hipotecario.

## IV

El registrador, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 22 de marzo de 2017, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que, notificada la notaria autorizante del recurso interpuesto, no realizó alegaciones.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 1124, 1295 y 1504 del Código Civil; 40, 79 y 82 de la Ley Hipotecaria; 175.6.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 1955, 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982, 29 de enero de 1986, 10 de abril y 21 de diciembre de 1987, 6 de mayo y 8 de junio de 1998, 27 de marzo y 7 de junio de 2000, 18 de abril y 11 de junio de 2002, 23 de abril de 2003, 21 de febrero y 22 de abril de 2005, 23 de abril y 9, 10 y 11 de julio de 2007, 16 de febrero y 7 y 17 de abril de 2008, 13 de marzo y 4 de septiembre de 2009, 18 de mayo de 2011, 11 de junio y 16 de noviembre de 2012, 30 de mayo, 5 de septiembre y 6 de noviembre de 2013, 4 y 6 de marzo y 27 de septiembre de 2014 y 26 de enero, 2 de marzo y 16 de diciembre de 2015.

1. Recurrido exclusivamente el primer defecto señalado por el registrador en su nota, el objeto de la presente se circunscribe a determinar si para inscribir a favor del comprador el dominio de una finca adquirida en ejercicio de un derecho de opción inscrito, con cancelación de los gravámenes posteriormente anotados, es preciso o no consignar la totalidad del precio pactado cuando ha sido en parte confesado recibido con anterioridad y en parte satisfecho por subrogación en un préstamo hipotecario previamente inscrito. Del folio de la finca resulta la existencia de tres anotaciones de embargo practicadas con posterioridad a la inscripción de la opción en el Registro de la Propiedad.

Con carácter previo es preciso advertir que, de conformidad con lo establecido en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, es doctrina reiterada de esta Dirección General (por todas, Resoluciones de 23 de diciembre de 2010 y 7 de septiembre de 2015), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador (y aportados al interponer el recurso). En consecuencia, no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación a documentos que no se pusieron a disposición del registrador de la Propiedad al tiempo de llevar a cabo su calificación y que han sido aportados junto al escrito de recurso.

2. Así planteada la cuestión, la calificación no puede ser mantenida en los términos en que se ha formulado. De acuerdo a la dilatada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, Resoluciones de 18 de mayo de 2011 y 2 de marzo de 2015), una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo, pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción. En definitiva, cuando este derecho de adquisición preferente se ejercita debidamente y su titular se convierte en propietario de la finca objeto del mismo, lo que procede, es la cancelación de los derechos que se resuelven tal como exige el artículo 79.2.º de la Ley Hipotecaria, de modo que la cancelación de las cargas posteriores es sólo una inevitable consecuencia de su extinción. Cuestión íntimamente relacionada es determinar si se han cumplido los requisitos que para ello exige el ordenamiento jurídico. En efecto, aun cuando ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento regulan la cancelación de los derechos reales, cargas y gravámenes extinguidos como consecuencia de la consumación del derecho de opción, esta cuestión ha de ser resuelta teniendo en cuenta los principios generales, y en especial los hipotecarios, que informan nuestro ordenamiento jurídico, como ya se puso de manifiesto en la Resolución de 7 de diciembre de 1978. Al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos en la medida en que deben sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere –como indicó la mencionada Resolución– que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la

satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantías que ello podría implicar para los terceros afectados (cfr. artículo 175.6.<sup>a</sup> Reglamento Hipotecario).

3. Esta regla general se excepciona en aquellos supuestos en los que se pacta por las partes contratantes del derecho de opción que el pago del precio se lleve a cabo en términos que, por ser oponibles frente a terceros, hagan inviable su consignación. La Resolución de 27 de septiembre de 2014 desarrolla esta doctrina en los siguientes términos: «Es también doctrina reiterada que el principio de consignación íntegra del precio establecido por diversas Resoluciones –entre ellas la de 11 de junio de 2002–, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción, perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos. Así pues, es necesario analizar los eventuales pactos establecidos sobre este particular en cada caso concreto. Y así puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante, igualmente no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente al derecho de opción ejercitado o cuando se haya pactado el pago por compensación siempre que no encubra una opción en garantía. Pero en todos estos casos es fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas. El contrato de compraventa debe estar perfectamente configurado de forma que el concedente queda vinculado al contenido de éste durante el plazo de duración de la opción y el optante puede, en ese mismo plazo, hacer uso de su derecho cumpliendo las obligaciones establecidas, de manera que no es necesario un desarrollo ulterior de la compraventa, bastando con que el optante manifieste su voluntad de ejecutar la opción y entregue el precio pactado para que la misma se perfeccione. Entre tanto la opción no se extinga, por su ejercicio o su falta de ejercicio, el concedente continúa siendo el titular registral de la finca y no se produce un cierre registral de forma que pueden acceder derechos y cargas posteriores cuyos titulares tendrán conocimiento del derecho que grava el inmueble y por tanto del eventual cambio de titularidad y la consiguiente purga y cancelación de sus asientos, ahora bien la transcendencia "erga omnes" que adquiere el derecho de opción a resultas de su inscripción implica que deben tenerse en cuenta los términos y cláusulas de la compraventa que tuvieron acceso al Registro, cuyo cumplimiento exacto hará que la opción se haya ejecutado debidamente y determinará la cancelación de asientos posteriores sin necesidad de otorgamiento de título cancelatorio específico, y la necesidad o no de íntegra consignación».

En términos similares la Resolución de 16 de diciembre de 2015, relativa a un supuesto similar al que provoca la presente, en el que la persona optante satisfacía el precio pactado mediante la subrogación en la carga hipotecaria previamente inscrita, la expone del siguiente modo: «(...) lo decisivo es que el adquirente–optante ha de hacer efectivo el pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca, la cual es de rango preferente respecto del derecho de opción ejercitado (...) “una vez ejercitado un derecho de opción de compra puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción (...) Ahora bien, para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas posteriores (cfr. artículo 175.6 Reglamento Hipotecario)». Añade la misma Resolución reiterando el criterio de la de 5 de septiembre de 2013, que, «“el principio de consignación íntegra del precio pactado, establecido por diversas resoluciones en base a distintos preceptos de nuestro ordenamiento, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo de perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral, so pretexto de proteger a los titulares

de los derechos posteriores a la opción. El conjunto de interés en juego exige, para que el mecanismo de cancelación de derechos sin consentimiento de su titular funcione correctamente, que las cantidades deducidas sean indubitadas y consten debidamente acreditadas». Y termina afirmando que «como ha reiterado este Centro Directivo, para que no sea necesaria la consignación a favor de acreedores posteriores, la subrogación o descuento en la hipoteca anterior no puede superar a las correspondientes coberturas hipotecarias. En caso contrario, descuento o subrogación en cantidades superiores, debe consignarse la diferencia».

Termina la citada Resolución afirmando que: «Este es el supuesto del presente caso, de resolución de gravámenes ulteriores sin necesidad de consignación de cantidad alguna, que es uno más entre los muchos posibles conforme a nuestro Derecho. Así ocurre, por ejemplo, cuando extinguido el plazo del derecho temporal de superficie, el propietario del suelo hace suya la edificación llevada a cabo en cumplimiento de lo pactado (cfr., artículo 54.5 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre); o los casos de donación con reserva de la facultad de disponer (cfr. la Resolución de 23 de octubre de 1980), en los de reversión de donaciones, o revocación de donación por incumplimiento de cargas inscritas (cfr. artículos 647 del Código Civil y 37.2 de la Ley Hipotecaria), en los de ejercicio de la condición resolutoria explícita por impago del precio totalmente aplazado, ejecución, judicial o extrajudicial, de hipoteca preferente cuando no queda efectivo sobrante o, en fin, en los de ejercicio del derecho de opción con pago por compensación de otros créditos del optante frente al concedente».

4. A la luz de la doctrina expuesta, el recurso debe prosperar. De la escritura de compraventa en ejercicio del derecho de opción de compra resulta que del precio pactado se deduce la cantidad satisfecha como precio de la constitución del derecho de opción, así como determinadas cantidades cuyas cuantías vienen especificadas; finalmente, el precio se satisface en parte mediante la retención de determinada cantidad para la subrogación en el preexistente préstamo hipotecario. En definitiva, no existe obligación de consignación en beneficio de los titulares de cargas posteriores pues habiéndose ejercitado el derecho de opción de compra en los términos que resultan de la inscripción en el Registro de la Propiedad (sin que la calificación del registrador, que practicó la inscripción de la opción, cuestionara este extremo), no procede sino la cancelación de los asientos posteriores por aplicación de las reglas generales del ordenamiento sobre ejercicio de los derechos con trascendencia real y purga registral que han quedado expuestas.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

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

Madrid, 31 de mayo de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.