

MEMENTO EXPERTO

**Casos Prácticos
Derechos Reales
(adaptados al programa
de Notarías y Registros)**

Fecha de edición: 11 de diciembre de 2025



Casos Prácticos Derechos Reales

Es una obra realizada por iniciativa de
ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ
(Notario honorario del Colegio de Madrid)

© Lefebvre-El Derecho, S. A.
NIF: A79216651
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00
clientes@lefebvre.es
www.efl.es
Precio: 43,68 € (IVA incluido)
ISBN: 979-13-87732-77-6
Depósito legal: M-27338-2025
Impreso en España
por Printing'94
Carretera de Canillas, 138 - 28043 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	<u>nº marginal</u>
Capítulo 1 (28) El derecho real	100
Capítulo 2 (29) El derecho de propiedad.....	200
Capítulo 3 (34) Modos de adquirir el dominio.....	300
Capítulo 4 (35) La accesión	400
Capítulo 5 (36) La usucapión.....	500
Capítulo 6 (36) La ocupación.....	600
Capítulo 7 (37) Modos de perder el dominio.....	700
Capítulo 8 (38) Comunidad de bienes.....	800
Capítulo 9 (44) La posesión	900
Capítulo 10 (45) El usufructo: derechos y obligaciones del usufructuario	1000
Capítulo 11 (46) Cuestiones especiales en el usufructo y derechos de uso y habitación	1100
Capítulo 12 (47) El derecho real de servidumbre	1200
Capítulo 13 (48) Servidumbres legales	1300
Capítulo 14 (49) Derecho de superficie	1400
Capítulo 15 (50) Garantías mobiliarias.....	1500
Capítulo 16 (51) La hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento y garantías mobiliarias atípicas.....	1600
	<u>Página</u>
Tabla Alfabética	291

Nota.— Entre paréntesis, número del tema en el programa de oposiciones a Notarías y Registros que se corresponde con el capítulo.

Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
art.	artículo/s
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CCom	Código de Comercio (RD 22-8-1985)
Const	Constitución Española 1978
CP	Código Penal (LO 10/1995)
DGRN/DGSJFP	Dirección General de los Registros y del Notariado/Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
L	Ley
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos (L 49/2003)
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos (L 29/1994)
LCon	Texto Refundido de la Ley Concursal (RDLeg
LCon/03	Ley Concursal (L 22/2003)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (RDLeg 1/2007)
LGDCU/84	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (L 26/1984)
LH	Ley Hipotecaria (D 8-2-1946)
LHMPSD	Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (L 16-12-1954)
LIIC	Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (L 35/2003)
LMV	Ley del Mercado de Valores y de los Servicios de Inversión (L 6/2023)
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista (L 7/1996)
LN	Ley del Notariado (L 28-5-1862)
LPH	Ley sobre Propiedad Horizontal (L 49/1960)
LS	Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (RDLeg 7/2015)
LSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010)
RD	Real Decreto
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Resol	Resolución
RH	Reglamento Hipotecario (D 14-2-1947)
SA	Sociedad Anónima
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
TS	Tribunal Supremo

P

Presentación

En el presente libro, los casos planteados versan sobre Derechos Reales. Como en los libros anteriores, de Casos Prácticos de Obligaciones y Contratos, Familia, Sucesiones, seguimos el programa de las oposiciones a los cuerpos de Notarías y Registros. Tan sólo hemos excluido los temas de la propiedad horizontal por tratarlos extensamente otros libros de la Editorial.

La importancia de la parte de Derechos Reales para la formación del opositor es grande, en lo que hace a su formación de fondo, como ocurre con lo relativo a la concreción de los derechos reales y de crédito y a la autonomía de la voluntad en la creación de los primeros, a la propiedad, a los modos de adquirir el dominio o a la posesión, como base de la relación con las cosas, a la licitud de determinadas garantías, como también al juego de los derechos concretos, con los que se va a encontrar nuestro futuros notarios y registradores y abogados, en su práctica diaria.

Este libro, como los tres anteriores sobre casos prácticos, pretende ayudar al estudiante a discurrir sobre hechos y a amenizar su estudio. No hace un estudio exhaustivo de las instituciones, ni siquiera analiza todos los casos o supuestos que podrían darse en ellas, lo que sería imposible, ni tampoco sentar doctrina que el opositor tenga que ir memorizando o añadiendo a sus temas. Nada de ello perseguimos; el autor da su opinión como una opinión más que ayude al lector. El ideal sería que el opositor leyera el supuesto de hecho, pensara la solución que considera adecuada, la contrastará con la expuesta en el libro y después la suya y la del libro con la de la jurisprudencia o doctrina de la DGRN, hoy DGSJFP, recogida en el mismo.

Se trata de ayudar al estudiante de los Derechos Reales, sea o no opositor a notarías, a discurrir sobre la materia que está estudiando. Teoría y práctica están alejadas muchas veces y ello es perjudicial en una rama del ordenamiento jurídico que trata de la relación de la persona con las cosas. Creo muy conveniente poner cara a las personas, protagonistas de las diversas figuras jurídicas y vida a los hechos, actos y negocios jurídicos que vayan apareciendo en los libros y en los temas que el estudiante maneja. De esta forma, la mente se puede ir abriendo, ayudar a estudiar discurriendo y no sólo memorizando se hace mucho más entretenido.

Esa forma de estudiar es de gran utilidad, cuando el opositor se enfrenta a la preparación del dictamen, pues la esencia del dictamen es aprender a razonar jurídicamente sobre hechos y este aprendizaje es un prius al encierro durante seis horas para formarse en su redacción. No digo que no sea necesario coger la técnica del dictamen y que para ello convenga hacer varios dictámenes, pero sí digo que difícilmente se hará bien un dictamen, si previamente no se ejercitó la cabeza suficientemente en aplicar los conocimientos teóricos a casos concretos o singulares. Por ello, creo que estos casos pueden servir no solo en la preparación del dictamen, sino durante el estudio de los respectivos temas para bucear en las instituciones jurídicas que se vayan estudiando.

Como decimos es una obra dirigida a todo estudiante de Derecho, y en particular para el aspirante a **notario** o a **registrador**, a los **opositores** a otros cuerpos de la Administración, en cuyos temarios se incluyan temas o lecciones de Derecho Civil, así como a estudiantes universitarios.

Es una **herramienta eminentemente práctica** también destinada a:

- los **eruditos y los estudiosos de los Derechos Reales** que encontrarán en esta obra, junto a aportaciones teóricas, una dimensión fáctica, para quienes no estén inmersos en el día a día de la práctica jurídica, que les permitirá conocer situaciones reales, sobre las que podrán probar sus teorías y les abrirá nuevas vías de investigación.
- los **juristas prácticos**, que demasiadas veces, cuando acuden a los tratados y manuales al uso en busca de ayuda para solucionar los múltiples problemas que continuamente se encuentran en los despachos, no encuentran respuesta.

Termino esta introducción agradeciendo la paciencia de María Luisa, mi mujer, que ha respetado las horas dedicadas al estudio y a la preparación de opositores, por los que siempre se ha interesado y acogido, a veces, hasta en nuestra propia casa. Mi gratitud también a los opositores que han confiado en mí y lo mucho que ellos me han enseñado y a todos los que se preparan en la Academia del Colegio Notarial de Madrid, que he dirigido durante muchos años y mi gratitud muy especial a la Editorial FRANCIS LEFEBVRE y a su director en España JUAN PUJOL, que han vuelto a confiar en mí, publicando este nuevo libro.

Madrid, a 20 de octubre de 2025.

ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ
Notario Honorario del Colegio de Madrid

CAPÍTULO 1

El derecho real

Tema 28 del programa de las oposiciones a Notarías y Registros

100

1. Configuración de los derechos reales	105
2. Titularidad solidaria en los derechos reales	110
3. Figura intermedia entre los derechos reales y los de crédito	115
4. Autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales	120
5. Derecho internacional privado en relación a los bienes.....	140

1. Configuración de los derechos reales

Supuesto de hecho B arrienda a C un **local comercial** por plazo de 7 años; en el contrato se pactó que el arrendamiento subsistiría, no obstante, la **enajenación** del local a un tercero. El arrendamiento no se inscribe en el Registro de la Propiedad. Por deudas, derivadas de la Seguridad Social, el local se adjudica a D, mediante subasta pública, celebrada en un procedimiento de apremio administrativo, tramitado por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), estando subsistente el arrendamiento. D pretende el desahucio de C del local. ¿Es ello posible?

105

Opinión En sede de principios, sí el arrendamiento es un derecho real debería subsistir en caso de enajenación de la finca arrendada, por ser algo natural en los derechos reales la **oponibilidad**, como consecuencia de su inherencia sobre la cosa. Sin embargo, el art.1571 CC dispone que: «el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Si el arrendamiento se extingue por la **venta**, es que no estamos ante un derecho real, pues ningún derecho real se extingue por su venta, salvo la protección de los terceros de la LH art.34. Se establece como excepción que exista un **pacto** en contrario, pero este pacto debe darse entre vendedor y comprador, no entre arrendador y arrendatario (que es lo que ocurre en nuestro supuesto); ello refuerza la idea que si, como regla, para subsistir el arrendamiento debe pactarse en la venta, es que no estamos en presencia de un derecho real. Tengamos en cuenta que en nuestro supuesto el pacto entre vendedor y comprador no puede darse al tratarse de una enajenación forzosa.

106

El art.1571 CC deja a salvo lo dispuesto en la LH, lo que completa el art.1549 CC: «con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad». Normas ambas que, en los arrendamientos de fincas urbanas, para uso distinto del de la vivienda, se completa con el art.29 LAU: «El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del art.34 LH». Es decir, que si el adquirente es un tercero que ignora la existencia del arrendamiento por **no estar inscrito** o porque efectivamente tiene **buena fe** y lo desconoce, no se subrogará en el arrendamiento, pero si el arrendamiento está inscrito si se subroga en él. Dicho de otro modo, los arrendamientos de inmuebles para uso distinto al de vivienda, no inscritos, o los inscritos con posterioridad a la constancia registral de la anotación de la posibilidad de la ejecución o de una hipoteca (ejecuciones forzosas), carecen de eficacia frente al adjudicatario, de forma que la transmisión de la finca provoca en este caso la **extinción** del arrendamiento a instancia de aquél.

107

- 108** De lo anterior resulta que la eficacia frente a terceros del arrendamiento del local, en caso de enajenación, voluntaria o forzosa, solo puede tener lugar si el arrendamiento está inscrito en el Registro o si el tercero lo conoce, pero no porque sea algo natural al arrendamiento, es decir que la oponibilidad no es «natural», sino prestada, porque proviene exclusivamente de su **inscripción registral**, por lo que no estamos ante un derecho real, sino derecho personal aunque oponible a terceros por el hecho de su publicidad registral. El Registro potencia los efectos del derecho, pero nunca altera su naturaleza.

En el supuesto que contemplamos, al no estar inscrito el arrendamiento del local en el Registro de la Propiedad y no constar que D, adjudicatario del mismo, conociera su existencia podrá, como adquirente solicitar el **desahucio** de C.

2. Titularidad solidaria en los derechos reales

- 110 Supuesto de hecho** B y C pretenden comprar un **local comercial**, por valor de un 1.000.000 de euros, satisfaciendo la cantidad de 700.000 euros con un **préstamo** que se les concede por las entidades financieras E-1 y E-2. La propiedad del local comprado quieren hacerlo con carácter solidario B y C y el préstamo lo conceden ambas entidades por partes iguales, con carácter solidario, en el aspecto activo y pasivo, por lo que B y C responderán solidariamente del préstamo concedido y E-1 y E-2 podrán reclamar cada uno de ellos la totalidad del préstamo a los deudores. El préstamo se garantizará con **hipoteca** sobre el local comprado, constituyéndose la hipoteca con carácter solidario, por lo que cualquiera de los acreedores podrá ejercitar, indistintamente, la acción hipotecaria sobre la totalidad de la finca, reclamando íntegramente la cantidad prestada de 700.000 euros o la parte de la misma que reste por satisfacer.

B y C, acuden en consulta al notario, sobre si es posible configurar la compra y el préstamo hipotecario en la forma presentada.

- 111 Opinión** Nos encontramos ante dos supuestos de solidaridad en sede de derechos reales, una sobre la propiedad y, otra, sobre la hipoteca. La doctrina en general está de acuerdo que no cabe el **dominio solidario**; cuando son varios los titulares, solo cabe la propiedad por cuotas. Tampoco, se dice, que es admisible la solidaridad tratándose de derechos reales en cosa ajena. Solamente por su carácter accesorio, la hipoteca puede ser solidaria cuando también lo es el crédito garantizado (y así lo ha considerado la propia DGRN). En cuanto a la prenda y anticresis, es más discutible, porque aparece la posesión como impedimento. Se repite el aforismo romano *dominium aut possessionem in solidum esse non possunt*, es decir, que no cabe un dominio solidario ni una posesión o disfrute de este carácter

Sin embargo, quizás es excesivo rechazar tan rotundamente esta posibilidad. El art.348 CC dispone que la propiedad es el derecho a **usar y disfrutar** de una cosa; a ello deberíamos añadir y de disponer de ella. Se dice que las facultades de usar y disfrutar se dirigen a la relación interna de la persona con la cosa, a diferencia de la solidaridad que trata de las actuaciones del titular frente a terceros; ello justifica que no es propio de la solidaridad lo relativo a las facultades de uso y disfrute, en cuanto están apoyadas en la posesión; no obstante, la TS 4-5-16 admitió la **comunidad de pastos** sobre predio común, que tras reconocer que no está regulada en los art.601 a 603 CC existe cuando varias personas determinadas o una o más colectividades son cotitulares del derecho de propiedad sobre un predio, y todas ellas tienen la facultad (integrante del dominio) de aprovechamiento solidario de los pastos de dicho predio; aquí existe un derechos a usar y disfrutar de carácter solidario. Por otra parte, el art.445 CC contempla la **coposición** en los casos de indivisión: «La posesión, como hecho, no

puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión». El aforismo romano, que citábamos anteriormente, partía del ejemplo que dos personas no pueden sentarse a la vez en la misma silla; sin embargo, el supuesto de la sentencia nos demuestra que en determinados objetos podrían coexistir dos posesiones sin que una excluya a la otra.

No obstante, lo que acabamos de exponer, reconocemos que la doctrina se opone a la posibilidad de un condominio solidario, por lo que en principio la pretensión de B y C de comprar con carácter solidario debemos rechazarla

Por el contrario, la solidaridad se admite con más facilidad en las relaciones con tercero. Un supuesto paradigmático es el de la **hipoteca solidaria**, en garantía de un préstamo otorgado por varias entidades con carácter solidario. La DGRN/DGSJFP Resol 15-3-00 admitió esta posibilidad manifestando que: «La titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en derecho común, como disciplina básica, al régimen de la comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, lo que excluye en principio la admisión de titularidades dominicales solidarias tal como ya tuvo ocasión de señalar la Resolución de 26 de diciembre de 1946... Ahora bien, la hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en este punto evidentes singularidades. Su propia finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase [art. 1861 CC y art. 105 LH], la convierte en accesoria del crédito que garantiza de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. Y si en el ámbito de éstos la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad de la hipoteca que lo garantice y como tal habrá de inscribirse, a favor de los titulares solidarios de ese crédito haciendo constar de forma expresa la existencia de esa solidaridad, en lugar de la determinación de las cuotas correspondientes que sería inexcusable en el caso de mancomunidad (DGRN/DGSJFP Resoluciones 23-3-94 y 28-4-99)».

Conforme a esta Resolución es posible lo pretendido por las entidades financieras de constituir una hipoteca con carácter solidario a favor de ellas (E-1 y E-2).

De admitirse con mayor flexibilidad la solidaridad de los derechos reales, en relación con terceros, vemos la posibilidad de constituir derechos reales solidarios en los supuestos de **derechos de adquisición preferente** como, por ejemplo, la opción, un retracto convencional etc.; su ejercicio podría realizarse por cualquiera de los sujetos con plenos efectos y, luego, en las relaciones internas se procedería al reparto del bien obtenido.

3. Figura intermedia entre los derechos reales y los de crédito

Supuesto de hecho A una finca, llamada «Fuente Robles», sita en el término municipal de Sevilla, al sitio de Los Merinales, de 50 hectáreas, lindando al norte con carretera nacional a Dos Hermanas, al Sur, con el canal de Bonanzas y al Este y Oeste con camino, plantada de olivares, se le vincula, con otras dos, la tercera parte de otra finca, en el mismo término municipal y paraje que la primera, destinada a Almazara, que ocupa una superficie de 1000 metros, sita a quinientos metros de la principal, rodeada de caminos por los cuatro linderos. Entre la finca principal y la participación en la vinculada existe una **unidad funcional**, de forma que no pueda disponerse de dicha participación indivisa por ningún título ni gravarse, sino conjuntamente con la principal y a su vez, la finca principal tendrá que disponerse y gravarse conjuntamente con la vinculada.

Se pregunta, si es posible la creación de esa vinculación entre ambas fincas y si en realidad no estamos ante una **servidumbre predial**.

112

115

116 Opinión Primero. Consideramos posible esa **vinculación** entre dos fincas (como existe en la propiedad horizontal y en los conjuntos inmobiliarios), pero siempre que exista una **razón económica o jurídica** que lo justifique. Ambas fincas han de pertenecer a un mismo dueño y existir entre ellas esa vinculación por existir una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio.

La consecuencia jurídica de ello es que los actos de **transmisión y gravamen** han de producirse sobre ambas fincas juntamente y no sobre una de ellas, y a favor de un mismo adquirente, en tanto se mantenga dicha vinculación, sin que los elementos vinculados puedan seguir un régimen jurídico distinto que el del elemento principal al que están adscritos (DGRN/DGSJFP Resoluciones 29-11-07; 28-10-13; 31-10-18; 19-6-20; 22-6-22).

117 Segundo. La **diferencia con la servidumbre predial** no siempre es clara. Recordemos que la servidumbre predial es «*un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño*» (CC art.530). De aquí que el predio dominante y el sirviente pertenecen a sujetos diferentes; si pertenecieran al mismo sujeto la servidumbre se extingue. Por otra parte, en la servidumbre predial no se produce una conexión de titularidades y destino entre el predio dominante y el predio sirviente, como sí ocurre con la vinculación *ob rem*, sino más bien lo contrario, como resulta del precepto citado, de manera que, por ejemplo, el predio sirviente, sin perjuicio del derecho de servidumbre, vigente el mismo, puede ser enajenado o gravado independientemente del predio dominante, todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que la finalidad económico jurídica de la vinculación *ob rem* pudiera haber sido satisfecha igualmente mediante un derecho real de servidumbre.

En consecuencia, consideramos posible la vinculación establecida, pero siempre que se cumplan las exigencias apuntadas.

4. Autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales

120 Primer supuesto de hecho X SA, suscribe con la Sociedad V SL un contrato, por el que se establece que, en cualquier tiempo en que V SL pretenda vender determinada finca urbana, deberá notificarlo a P SA para que ésta, si le interesa, ejercite un **derecho de adquisición preferente**, sobre la finca y ello, aunque la misma se hubiese arrendado o hipotecado con posterioridad a la firma de dicho contrato.

Se pregunta sobre la eficacia real de este derecho y su acceso al Registro de la Propiedad.

121 Opinión Es indudable que, en el sistema español, se establece el *numerus apertus* de los derechos reales, pero, no es lo menos, que determinados derechos pueden configurarse con carácter real o personal. En estos casos surge la duda de determinar el carácter del derecho convenido. Es lo que ocurre en nuestro caso, que estamos ante un derecho de adquisición preferente que las partes pueden haberlo configurado de una manera o de otra; no se trata solamente de la voluntad de las partes, tampoco del nombre que se les dé, sin perjuicio de la importancia de ambos, es necesario que, además, de los **límites** generales derivados del art.1255 CC, se respeten:

a) Los configuradores de los derechos reales: **inmediatividad y reipersecutoriedad** o carácter *erga omnes*, por imperativo, en primer lugar, de la naturaleza de las cosas (no se pueden hacer pasar por derechos reales lo que no son derechos

reales) y, desde un punto de vista meramente registral, por virtud de lo establecido en la LH art.2 y el RH art.7.

b) Determinación perfecta de su **contenido** (naturaleza, nacimiento, plazo, desenvolvimiento, modificación y extinción de derechos reales). Ello en general, porque la figura es atípica y requiere de una regulación para entrar en el tráfico jurídico, pero además si se quisiera obtener la correspondiente inscripción conforme a la LH art.9.

c) **Subsidiariedad**. No se admiten derechos reales atípicos o modificaciones de los típicos, cuya finalidad económico-social ya esté tipificada por la ley.

En nuestro caso, puede sostenerse que la inmediatez, en relación al ejercicio del derecho entre las partes se da y que la eficacia *erga omnes* se pretende, desde el momento que se estipula la posibilidad de su ejercicio, aunque la finca se hubiese arrendado o hipotecado con posterioridad a la firma de dicho contrato. Sin embargo, mal se puede ejercitar una adquisición preferente, cuando no se establecen los requisitos para su ejercicio, en los términos que veíamos en el apartado b) anterior.

Por los argumentos anteriores, nos inclinamos por sostener que estamos en presencia de un derecho de adquisición preferente de **naturaleza personal** y no real.

El estudio del supuesto siguiente aclara lo que resolvemos en éste.

Doctrina DGRN/DGSJFP

122

- DGRN/DGSJFP Resol 2-11-18: «El poder de configuración de nuevos derechos reales de la **autonomía de la voluntad** para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social, tiene en este sentido dos **límites** uno negativo y otro positivo. En razón del primero, como señaló la citada Resolución de 14-6-10 recogiendo abundante doctrina anterior, se impone como fundamental límite "el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatez, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado". O como afirma la Resolución de 4-3-93, y ha reiterado recientemente la de 19-12-13, en este ámbito la autonomía de la voluntad "tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.". Y en virtud del límite positivo, se hace "imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro", pues esta determinación, esencial para el lograr el amparo registral (LH art.9 y 21 y RH art.51) en los derechos reales atípicos, por definición, no puede integrarse por la aplicación supletoria de las previsiones legales».

- DGRN/DGSJFP Resol 6-3-21: «El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si es inscribible un derecho de adquisición preferente, similar al tanteo, cuando en el documento privado que después se elevó a público por sentencia no se dice que tenga carácter real, ni se establece que será inscribible, ni se expresan las consecuencias del acto para el caso de que se realice la venta contraviniendo la notificación pactada.

123

2. Es indudable que, en un sistema como el español, en que se establece el *numerus apertus* de los derechos reales una de las cuestiones más difíciles de

resolver, en el caso de un derecho atípico, o que puede configurarse indistintamente como real o personal, como el que se contempla en el presente supuesto, es la de determinar el carácter del derecho convenido.

3. Estableciéndose un **derecho de tanteo convencional**, o análogo al mismo, para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues, ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (CC art.609, 1.462.2 y 1.464 y 633 en relación con el art.334.10). Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el derecho así configurado carecerá de eficacia "erga omnes", que es una característica esencial del derecho real.

125 Segundo supuesto de hecho (1) La Sociedad N en escritura pública, otorgada el 7-1-2018, concede una **opción de compra** a A sobre un local determinado de su propiedad. En la escritura se pacta:

1. Que el **precio** a satisfacer por la **opción** es de 20.000 euros.
2. Que el precio por la **compra** del local es de 200.000 euros.
3. Que la opción habrá de ejercitarse como **fecha límite** el 31-12-2019.
4. Que los otorgantes atribuyen expresamente, carácter real a la opción de compra formalizada en el presente instrumento público y, a los efectos del art.14 RH, convienen que la opción de compra sea inscrita en el **Registro de la Propiedad**.
5. La opción de compra habrá de ejercitarse en **escritura pública**, consintiendo y conviniendo, expresamente, los comparecientes, que la escritura en que se ejercite la opción de compra pueda otorgarse unilateralmente por A, siendo suficiente la voluntad afirmativa del optante, expresada en escritura pública, para que quede perfeccionada la compraventa y consumada la *traditio*.
6. Si el ejercicio de la opción se hace unilateralmente por A deberá ser **notificado** fehacientemente a la parte concedente, en el domicilio, señalado en la intervención de la presente escritura.
7. Si se la escritura se otorga unilateralmente por el **optante** el precio estipulado para la adquisición de la finca objeto de la opción, habrá de satisfacerse antes del otorgamiento de la escritura pública, debiendo acreditarse al notario autorizante de la misma, la entrega en efectivo, o el ingreso en alguna cuenta bancaria de la que sea titular el concedente".

La escritura pública en la que se formaliza la opción se inscribe en el Registro de la Propiedad. A, pretende ejercitar la opción, antes de su fecha de vencimiento, pero se encuentra de una parte, con la negativa de la Sociedad N al otorgamiento de la escritura y, de otra, con que esta había vendido con posterioridad a la inscripción de la escritura de opción en el Registro el local a favor de B, habiéndose inscrito igualmente esta compra en el Registro.

A desconcertado acude en consulta al notario sobre lo que puede hacer.

126 Opinión En el presente supuesto nos encontramos en el desarrollo último o más avanzada del ejercicio de la opción, consistente en la posibilidad de otorgarse la escritura de compra **unilateralmente por el optante**. Este, pretende ejercitar su derecho con eficacia real frente a todos, directamente sobre la cosa, sin necesidad de intervención del concedente, por haberse así consentido y pactado en la escritura en la que se formalizó la opción y se configuró el derecho de opción.

Lo primero que debemos afirmar es la validez de lo pactado en la escritura en la que se formalizó el **contrato de opción**, tanto en cuanto a la configuración como un derecho real, como en cuanto a su ejercicio unilateral por el optante. Si se admite la configuración de la opción como un derecho real es lógico que el titular del mismo pueda ejercitarlo directamente sobre la cosa gravada con el derecho real. El obstáculo alegado por algunos que al ejercitarse la opción se tiene el título, pero no el modo, se salva por voluntad de las partes dando a la escritura en que se ejercita el valor de la *traditio*. La DGRN/DGSJFP admite desde la DGRN/DGSJFP Resol 7-12-7, esta posibilidad de ejercicio unilateral de la opción y su acceso al Registro de la Propiedad en los siguientes términos: «puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño o dueños lo hayan consentido al pactarse el contrato preliminar (...) el título 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» (DGRN/DGSJFP Resoluciones 7-12-78 y 19-7-91). Lógicamente para el **acceso al Registro** deberá cumplirse lo prescrito en el art. 14 RH: «Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

1. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.
2. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.
3. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquel, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento».

Con arreglo a las consideraciones anteriores creemos que la negativa de la Sociedad N a formalizar la escritura de venta en cierto sentido es lógica, pues el haber vendido el local ya no ostenta ningún derecho sobre el mismo, careciendo de poder de disposición. Será B, como nuevo adquirente, el único que podría otorgar la escritura de compraventa, pero ocurre que ello no es necesario desde el momento que se pactó que A podrá ejercitar la opción por sí solo, cumpliendo lo pactado en el contrato de opción. La venta a B es válida, pero eso sí el dominio adquirido está gravado con el derecho real de opción; B lo adquirió subrogándose en la situación jurídica del concedente; de aquí que tenga que aceptar la posibilidad del **ejercicio unilateral** de la opción por el optante. Al ejercitarse válidamente la opción A adquirirá el local en pleno dominio y B se verá privado de él. Dicho de otro modo, la Sociedad N conservaba la facultad dispositiva por el local, por lo que pudo disponer válidamente sobre él, pero lo que no podía con sus actos era impedir, ni dificultar la opción concedida. El contrato de opción inscrito en el Registro de la Propiedad tenía eficacia real, no solo el derecho de opción como derecho real, por lo que B quedó subrogado íntegramente en el mismo, tanto en cuanto a las consecuencias de la pérdida del dominio de la cosa, como en cuanto a las condiciones de su ejercicio.

Al producirse la pérdida de la propiedad sobre la cosa, cuando se inscriba el ejercicio de la opción por A deberá cancelarse la inscripción del dominio a favor del tercero comprador del local, pero al quedar subrogado este en la posición de la Sociedad N, como concedente de la opción, el precio por la compra no podrá satisfacerse a dicha Sociedad N, sino que deberá satisfacerse a B si otorgó la

127

escritura de compraventa y si no la otorgó y la hace unilateralmente el optante proceder al depósito previsto en el art. 175.6 RH, cuando dispone: «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan».

- 128** Respecto a la **consignación de la totalidad del precio** es importante la doctrina de la DGRN/DGSJFP Resol 10-12-1, al considerar que «el principio de consignación íntegra del precio establecido por diversas Resoluciones –entre ellas la DGRN/DGSJFP 11-6-02–, 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».

Una última cuestión es la relativa a la **notificación del ejercicio de la opción** que el optante debe hacer al concedente. En el contrato se dice concretamente: «Si el ejercicio de la opción se hace unilateralmente por A deberá ser notificado fehacientemente a la parte concedente, en el domicilio, señalado en la intervención de la presente escritura». Nos parece claro que la notificación deberá hacerse a B, como actual propietario, pero creemos que el domicilio de la notificación es el pactado en la escritura por la que se concedió la opción, pues es el convenido en el momento de constitución de ella y lo pactado entre el concedente de la opción y el comprador no puede afectar al optante. Sin embargo, es recomendable que esa notificación se haga también a la Sociedad N, como compradora, para evitar que pueda alegar indefensión.

- 130** **Jurisprudencia** TS 17-3-09 (EDJ 32132): refiriéndose a la opción dice que «es el más típico precontrato unilateral que permite al optante decidir, dentro del plazo previsto, la puesta en vigor del contrato de compraventa (TS 11-4-00 y 5-6-03) es un derecho personal, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad le da trascendencia real en el sentido de que afecta a terceros, a efectos de que su ejercicio y la consumación e inscripción de la compraventa da lugar a la adquisición de la propiedad, derecho real pleno». Asimismo, la sentencia de 7 de mayo.

131 **Doctrina DGRN/DGSJFP**

- DGRN Resol 18-3-16: «Nada impide configurar el derecho de opción como derecho real con base en el criterio de *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento, por el que se permite no solo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de trascendencia real que modifique alguna

de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (LH art.2.2 y RH art.7), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (CC art.647 y LH art.11, 23 y 37). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados **límites** y respetar las **normas estructurales** (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (DGRN/DGSJFP Resoluciones 5-6-87, 23 y 26-10-87 y 4-3-93, entre otras).

Son características estructurales típicas de los derechos reales, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado».

• DGRN/DGSJFP Resol 7-12-78: **Ejercicio unilateral por el optante.** – «Si así se pacta en el contrato de opción, el título de adquisición del adquirente en virtud de una opción de compra queda integrado por la escritura de contrato de opción –otorgada como es lógico por ambas partes– y por la escritura de ejercicio de opción –otorgada unilateralmente por el adquirente– lo cual no significa que se esté en un supuesto de aplicación del art.1256 CCl, que prohíbe variar unilateralmente las condiciones de un contrato, pues aquel se limita a aceptar la oferta contractual irrevocable dentro del plazo concedido».

132

• DGRN/DGSJFP Resol 26-1-15: «Por ello, la cuestión planteada en este expediente debe resolverse conforme a la doctrina sentada por este Centro Directivo en las DGRN/DGSJFP Resoluciones 23-7-05 y 30-1-06, según las cuales, "... como tiene declarado el Tribunal Supremo, con la inscripción, y, por efecto de la publicidad registral, el derecho de opción se impone erga omnes, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho de opción de compra, pero sin que tal inscripción opere el cierre del Registro por lo que el propietario de una finca concedente de un derecho de opción de compra, aún después de su inscripción en el Registro, puede enajenar o gravar la cosa ya que tal derecho no implica prohibición de disponer o de enajenar y sí tan solo una facultad preferente de adquirir a favor de optante, si bien cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, esta surte efecto contra ese comprador; esto es, que el derecho de opción registrado opera contra el subadquirente como derechohabiente que es del que concedió la opción.

133

En consecuencia, el derecho de opción de compra inscrito en el Registro de la Propiedad al amparo del art.14 RH, no confiere a su titular derecho dominical alguno que impida posteriores enajenaciones del inmueble, sin perjuicio de que el titular del derecho de opción pueda exigir de todo propietario del inmueble afectado, sea el concedente, sean posteriores adquirentes del mismo, la venta de la cosa afectada. También ha indicado el Alto Tribunal (...) que, ejercitado el derecho correspondiente en tiempo y forma por el optante, a partir de la notificación a los optatarios se consuma (y se agota) el contrato de opción de compra, a la vez que se perfecciona el contrato de compraventa, el cual nació a la vida jurídica por concurrencia de los requisitos esenciales para su generación con sujeción a la regulación jurídica prevista en el contrato de opción».

Entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de **tracto sucesivo**, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (LH art.20). Este

principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los art. 1, 38, 40 y 82 LH. La presunción «iuris tantum» de exactitud de los pronunciamientos del Registro, así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. En consecuencia, estando la finca inscrita en el Registro de la Propiedad –bajo la salvaguardia de los tribunales– a nombre de una persona distinta del anterior titular registral, no podrá accederse a la inscripción de la escritura calificada, de compraventa en ejercicio de opción de compra, sin consentimiento del actual titular registral, por más que haya sido otorgada por la entidad concedente que fue la titular anterior (LH art. 17), sin perjuicio de que los interesados puedan contender entre sí para ventilar la cuestión en el procedimiento judicial correspondiente.

- 134** Respecto de la eficacia frente a tercero del ejercicio del derecho de opción, sentada la operatividad del tal derecho, cuya efectividad final exigirá la transmisión inmobiliaria mediante la tradición, se plantea la cuestión relativa al sujeto legitimado y obligado para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de venta en favor del comprador o si, incluso, puede este otorgarla **unilateralmente**. Siendo el titular registral el concedente es indudable que él deberá ser el otorgante si accede voluntariamente al ejercicio del derecho de opción o, en caso de no manifestar su consentimiento, si es demandado con condena a su otorgamiento, pues sobre el mismo pesa un deber jurídico asumido en el contrato de opción.

En el caso de que la finca se haya transmitido a tercero, inscrito el derecho de opción con sus pactos correspondientes, como este adquiere eficacia real amparada por los principios registrales y por tanto provocando que el contenido inscrito del deber jurídico asumido inicialmente por el concedente pase a asumirlo el adquirente, este mismo será el obligado real a la consumación de la opción y, además, el único legitimado, pues el concedente carece ya de poder de disposición alguno sobre la finca, todo ello sin perjuicio de las acciones personales derivadas de la relación contractual entre concedente y optante. No debe olvidarse, sin embargo, que este Centro Directivo ha admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho, ya que en este caso "puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño o dueños lo hayan consentido al pactarse el contrato preliminar (...) el título 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" (DGRN/DGSJFP Resol 7-12-78 y 19-7-91). Este ejercicio unilateral exige en todo caso que se ajuste a lo expresamente pactado (DGRN/DGSJFP Resol 20-5-05) y que se adopten las pertinentes garantías respecto a los terceros (RH art. 175.6 y Resol 4-3-14)».

- 135 Tercer supuesto de hecho** Recogemos un supuesto interesante planteado ante la DGRN/DGSJFP, que en este caso nos limitamos a plantear y su resolución, el 8-11-18, por la DG.

El caso planteado es el siguiente: las propietarias de dos fincas donan a su padre la facultad de disponer sobre éstas. En la escritura de **donación** las donantes manifiestan, y su padre acepta, que configuran esta transmisión como un supuesto de constitución de un derecho real atípico, estipulando que las titulares del dominio, para poder efectuar cualquier acto de carácter dispositivo sobre