

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**13432** *Resolución de 21 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 35, por la que se deniega la inscripción de una opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don A. A. C., en su propio nombre y en representación de doña E. C. S., don H. M. F., doña M. V. G. y don G. P. R., contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Madrid número 35, don Julio Soler García, por la que deniega la inscripción de una opción de compra.

#### Hechos

##### I

En escritura otorgada el día 11 de febrero de 2021 ante el notario de Barcelona, don Salvador Farrés Ripoll, con el número 1.560 de protocolo, por doña M. R. S. J. G., se cedió un derecho de opción de compra, a favor de doña E. C. S., don A. A. C., don H. M. F., doña M. V. G., y don G. P. R., sobre determinada finca registral.

##### II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 35, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación de la escritura otorgada en Barcelona el día 11/02/2021 ante el Notario don Salvador Farrés Ripoll, número 1560 de protocolo.

Julio Soler García, Registrador de la Propiedad de Madrid 35 calificado el documento deniego la inscripción solicitada en base a los hechos y fundamentos de derecho que siguen:

1. La escritura se presentó telemáticamente en el registro a mi cargo bajo el asiento número 576 del Diario 80 el día quince de febrero del año dos mil veintiuno. habiéndose aportado el pasado uno de marzo, justificantes de diversas transferencias bancarias y habiéndose acreditado el cumplimiento de las obligaciones fiscales el pasado día once de marzo.

2. Se recoge en ella la concesión de una opción de compra sobre una finca a favor de cinco personas distintas. De ellas se dice que aportan la cantidad necesaria para formalizar la opción en partes iguales, con lo que cada uno participa en la misma proporción. Lo que da a entender que adquieren la opción por quintas e iguales partes y que cada uno puede ejercitar la opción solo sobre su quinta parte, sin perjuicio de posibles transmisiones.

3. Los justificantes de las transferencias aportadas, no se corresponden con lo que se dice en la escritura, pues se incorporan dos transferencias a favor de una sociedad y una tercera a favor de otra sociedad, que no intervienen en la escritura, por lo que deben corresponder a otra operación. De las siete transferencias, solo tres son a la titular de la finca, tres a sociedades de las que no se dice nada en la escritura y otra se envía por una de las personas a las que se concede la opción a otra persona a quien también se le concede la posibilidad de optar. Además, en la escritura se dice que el importe de la opción son 15.000,00 euros y de los justificantes de las transferencias resultan 23.333,00 euros.

Deben aportarse los justificantes que sirvan de pago del precio de la opción o explicar el motivo por el que envían los que se han remitido, así como determinar de modo claro la participación en la titularidad del derecho de opción conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

Este defecto se considera subsanable.

4. Entrando en el contenido de la opción de compra, a juicio de este registrador, se engloba en un supuesto recogido en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil que prohíben el pacto comisorio.

El texto de la escritura es prácticamente igual al que recoge en los hechos que dieron lugar a la resolución de la Dirección General de 27 de octubre de 2020, publicada en el BOE de 30 de noviembre, pues se dice tanto en una como en otra: "...se puede imputar al importe de la compra el precio de la opción, las cantidades que deba retener el comprador, para cancelar las cargas existentes sobre la finca y deudas de la comunidad de propietarios, además de los importes adeudados en concepto de impuestos y contribuciones pendientes de pago al formalizarse el ejercicio de la opción de compra, así como cuantas cantidades reciba la parte vendedora desde la formalización de la opción de compra hasta el ejercicio de la misma, en cheques y/o transferencia, y/o bien subrogándose en la deuda pendiente en la hipoteca o hipotecas que graven la finca, bien reteniendo el importe necesario para satisfacer los remanentes de los préstamos y demás cargas que pudieran haber suscritos o bien mediante su consignación notarial". Se señala a continuación cómo se pueden justificar esos descuentos mediante un cálculo aproximado basado en la información de que puede disponer el comprador. Asimismo, se dice que tanto el precio de la opción ha sido pactado y que el importe establecido así como el resto de las condiciones contenidas en la escritura son fruto de negociaciones previas que satisfacen sus intereses. Pacto que es similar al acta de manifestaciones incorporada al supuesto que se analiza en la resolución citada.

Con ello, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, debería darse la solución que da la Dirección General en aquel supuesto. Pero en el caso que nos ocupa hay un hecho que modifica esa resolución. Como se dice en esa resolución "se admite el pacto siempre que concurren condiciones de equilibrio entre las prestaciones... se admite el pacto siempre que se establezca un procedimiento de valoración que excluya la situación de abuso para el deudor".

Y en el caso concreto parece que eso no se da según los datos del título y del Registro.

Se pone como precio de valoración de la finca el de 212.000,00 euros, pero del registro resulta que ese bien ha sido valorado por una entidad inscrita como tasadora oficial en fecha 17 de agosto de 2020, para una escritura de préstamo hipotecario en 566.858,85 euros, lo que representa que en un período de seis meses ha bajado el valor un sesenta por ciento, lo cual da a entender pese a lo manifestado, un posible abuso claro en contra del dueño de la finca. Dicho valor aparece en la nota simple que se remitió a la notaria previa su solicitud y consta incorporada en la escritura que se califica. El informe fue realizado por Tinsa. En vista de ese valor de tasación que consta en el Registro es difícil asumir el equilibrio entre las prestaciones de las partes.

Independientemente de ello, caso de no considerarse como supuesto de comiso, parece que hay error en la redacción de la escritura, pues debería entenderse que se puede imputar cualquier cantidad que se haya recibido de cualquier persona, cuando debe ser solo las recibidas de aquella persona que ejecute la opción de compra.

Este supuesto se considera insubsanable.

5. En cuanto a la determinación del precio de la futura compraventa parece quedar la determinación del modo de pago al arbitrio del optante, pues puede ejercitar unilateralmente la opción por sí sólo y paga aquello que él mismo determine sin perjuicio de que el vendedor pueda reclamar lo que considere, pero una vez que ya ha perdido el dominio del inmueble. Pero asimismo podría afectar a los titulares de cargas posteriores a la opción, pero anteriores a su ejercicio. Y ello como consecuencia de la doctrina sentada por la Dirección General en esta materia que se puede resumir en los siguientes

puntos: a) para cancelar cargas posteriores al ejercicio de la opción se precisa la consignación del precio a disposición de los titulares de las cargas; b) si no hay sobrante por coincidir el precio con lo debido, el comprador puede retener el precio para pagar dichas cargas, pero en este caso las cantidades a deducir por el optante han de ser indubitadas y debidamente acreditadas y para ello deben haberse pactado al constituirse la opción y estar inscritas.

Si se inscribe la opción como viene configurada, pudiéndose descontar cantidades sin que su importe quede justificado, afectarla no sólo al concedente de la opción sino a posibles terceros.

Este defecto se considera subsanable.

6) En la escritura se solicita la inscripción parcial y la anotación preventiva, pero teniendo en cuenta que se considera insubsanable la inscripción de la opción de compra tal como viene configurada en la escritura, no es posible ninguna de las dos opciones solicitadas.

Por tanto, deniego la inscripción solicitada quedando prorrogado el asiento de presentación conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria.

Contra esta calificación (...)

Madrid, 23/03/2021 El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador).»

### III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias, doña Lucía Teresa de Rueda Calvo, quien, el día 30 de marzo de 2021, mantuvo y ratificó los defectos y argumentos de la nota de calificación del Registro de la Propiedad de Madrid número 35.

### IV

Contra la nota de calificación sustituida, don A. A. C., en su propio nombre y en representación de doña E. C. S., don H. M. F., doña M. V. G. y don G. P. R., interpuso recurso el día 5 de mayo de 2021 en base a las siguientes alegaciones:

«Preliminar: El presente Recurso tiene por objeto rebatir los defectos insubsanables, Entendiendo que los subsanables, se podrán realizar con los documentos complementarios correspondientes.

Primera. Del pacto comisorio.

Se alega por ambos registradores que el título que se pretende inscribir contiene un «pacto comisorio» prohibido en el ordenamiento español expresamente por el artículo 1859 en relación con el artículo 1884 del Código Civil Español.

Ningún argumento, dato, elemento objetivo, hecho concreto dan los Registradores calificantes, para determinar que la escritura de opción de compra, es en realidad un contrato simulado de «préstamo».

Recordemos que el pacto comisorio por su propia definición, Se trata de un pacto que, a priori, permitiría la apropiación del bien dado en garantía de una deuda, sin embargo, el art. 1.859 CC es claro cuando establece que «el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas».

Si hay un acreedor, hay un deudor, es decir una opción por la cual el «deudor» puede recuperar los bienes dados en garantía al acreedor en pago de lo debido. Este hecho es el que prohíbe el artículo 1.859 CC.

Este precepto contiene la tradicional prohibición del pacto comisorio al impedir que el acreedor, una vez verificado el incumplimiento del deudor hipotecario o pignoraticio, haga suya la cosa dada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, bien indirectamente mediante su disposición.

No existe en el título que se presenta a inscribir ningún pacto que «intuya» que se trata de un contrato de préstamo y que la posibilidad del ejercicio de la opción de compra, tenga la consideración de «pacto comisorio».

Valdría para «desmontar» la teoría absolutamente subjetiva de los registradores el contenido del apartado c) de la Cláusula segunda de la referida escritura.

«c) Transcurrido el plazo por el que la cedente concede tal derecho de opción, dicho derecho quedara automáticamente extinguido sin que proceda en favor de la parte optante devolución de la cantidad entregada en concepto de precio o prima de opción.»

Si realmente la operación de opción de compra contemplada en la escritura cuya inscripción se deniega, estuviera motivada en un contrato de «préstamo», por pacto comisorio, dicha cláusula no existiría, es decir, se determinaría que la cedente de la opción, podría eliminar dicho derecho y recuperar la plenitud del dominio, reintegrando la cantidad recibida como prima de la opción.

¿Qué prestamista somete un préstamo a la temporalidad?, es decir transcurrido un plazo determinado, sin que el supuesto deudor pague, el préstamo queda sin efecto y no se ha de reintegrar cantidad alguna.

Pero, es más, presuntamente los Registradores aplican una supuesta prohibición «pacto Comisorio», cuando no solo no se dan ninguna de las circunstancias para entender la existencia de un contrato simulado, sino que todos los elementos objetivos, tanto de las partes como del propio título determinan la realidad y permanencia de la opción de compra.

¿Qué pacto, acuerdo o disposición del título que se presenta a inscribir, contiene algún derecho a favor del cedente de la opción para que este, pueda recuperar la totalidad del derecho sobre la mitad indivisa de la finca, abonado alguna cantidad?, la prueba de la inexistencia de pacto comisorio radica en la voluntad de las partes en cuanto a la formación de la opción de compra, fijando las características de las misma y sin que por la voluntad de la cedente pueda recuperar su derecho, es decir, la opción de compra no es una garantía del cumplimiento de ninguna obligación, sino un derecho.

Segunda. documento cuya inscripción se solicita no contiene ni por referencia, ni por descripción ninguno de los supuestos hechos que motivarían la interpretación que sobre dicha operación como un «negocio simulado de préstamo», en cuyo encaje se habría regulado el supuesto pacto comisorio alegado.

Por parte de los Registradores despachan la calificación desfavorable con la expresión de que dicho documento contiene un «pacto comisorio» y como el mismo está prohibido, por lo que la inscripción del título no es posible.

Es paradigmático que ningún argumento concreto, referencia a cláusulas, hechos pactos contenidos en el título, lleven a pensar o determinar que el mismo «opción de compra» sea en realidad un contrato simulado.

Los Registradores que califican carecen de la presunción de certeza, y su opinión ha de ajustarse a la Ley y en su caso, a la aplicación de la misma, pero no pueden determinar una calificación de un título por su «mera sospecha».

Esta parte en contra de la calificación dual de los Registradores, sostiene que el negocio jurídico de opción de compra, contenido en la escritura cuya inscripción se solicita, es un negocio perfectamente válido, concreto y ajustado a los términos de las leyes de aplicación, por lo que no existe impedimento alguno para denegar su inscripción por este motivo.

Esta parte no puede «defenderse» o alegar contra unos argumentos, que no conoce o no le han sido opuestos.

Tercera. Se pretende por ambos registradores, (las calificaciones son idénticas) dar visos de relevancia a la existencia del «pacto Comisorio» entendiendo que esa Dirección ha determinado que el pacto comisorio sería admitido:

Con ello, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, deberla darse la solución que da la Dirección General en aquel supuesto. Pero en el caso que nos ocupa hay un hecho

que modifica esa resolución. Como se dice en esa resolución «se admite el pacto siempre que concurren condiciones de equilibrio entre las prestaciones... se admite el pacto siempre que se establezca un procedimiento de valoración que excluya la situación de abuso para el deudor».

«siempre que concurren condiciones de equilibrio entre las prestaciones...»

Es indubitado que el negocio jurídico formalizado en la escritura cuya inscripción se deniega, contiene una opción de compra, que cumple con los requisitos legales, doctrinales y jurisprudenciales exigidos:

Precio de la opción, plazo de la opción y precio de la compraventa.

Cual de esos elementos inciden en la existencia de un pacto de garantía en el cual, el cedente e la opción, puede, sin el consentimiento de los adquirentes de la misma, revertirla.

No obstante, también ha reiterado este Centro Directivo (vid., por todas, la resolución de 28 de enero de 2020), que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este expediente, ni el registrador, ni esta Dirección General, pueden –más que analizar– enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista clara y patente constatación, so capa de una pretendida obligación de impedir el acceso al Registro de títulos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisorio establecida por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil).

¿Cuál es la garantía de la opción de compra sobre el bien inmueble?

Por ello, esa apreciación subjetiva de los registradores y pone de manifiesto la calificación recurrida, resolviendo dejar sin valor ni efecto –y desvirtuando– lo que los propios intervinientes han aseverado en el documento suscrito (que solo por acuerdo de ambos o por una resolución judicial puede quedar invalidado) rebasa, claramente, el alcance de la función calificadora, adentrándose en lo que sin duda alguna es materia propia de un procedimiento contradictorio, con práctica de pruebas y bajo la cobertura de la función jurisdiccional; que es la llamada a resolver eventuales conflictos entre partes, desvelar posibles simulaciones y fraudes de ley y –en suma– a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Cuarta. El otro defecto, aunque subsanable, determina que parece quedar al arbitrio del optante la fijación del pago del precio, pues puede ejercer la opción de forma unilateral, por si solo y pagar aquello que el mismo determine.

Como cuestión excepcional, se prevé la ejecución unilateral de la opción únicamente para el supuesto de que no compareciera a otorgar la escritura pública, acreditando que la transmisión se efectuará libre de cargas, es decir, que previamente a su otorgamiento, el cedente de la opción ha de liberar de cargar el inmueble.

Si dicho ejercicio no existiera, se dejaría al arbitrio del cedente de la opción formalizar el negocio celebrado, puesto que no asistiendo a dicha firmar, no se podría ejecutar la compraventa.

El registrador opone que, al ejercitarse unilateralmente la opción y poder el comprador determinar las cantidades que se deducen del precio por satisfacer, queda la determinación de las «obligaciones resultantes del contrato y, con ello, su cumplimiento, al arbitrio de una de las partes, lo cual resulta contrario al artículo 1256 CC».

En tal pacto el señalamiento del precio no queda, en sí mismo, al arbitrio del comprador (algo que está prohibido por los artículos 1256 y 1447 –este «a contrario sensu»– del Código Civil), pues la facultad que se atribuye convencionalmente al comprador se refiere propiamente a la cantidad que del precio ya fijado se paga en realidad, hechas las referidas deducciones, para adquirir el bien libre de cargas.

Para resolver la concreta cuestión planteada, hay que comenzar afirmando que el artículo 1256 del Código Civil ciertamente ha planteado no pocas dudas interpretativas

que, precisamente, no han ayudado a aclarar su verdadero sentido. Así y en relación con la validez del contrato en sentido estricto, no han faltado autores que han concluido que lo que tal precepto legal prohíbe es que se remita a la voluntad de una de las partes una modificación del régimen legal de la nulidad y en general de la ineficacia contractual.

Y si del campo de la validez se pasa al de la determinabilidad de algunos de los elementos del contrato, (el pago del precio) tal cuestión, como ha puesto de relieve la más moderna doctrina, lo que puede plantear son problemas de abuso o de parcialidad en su fijación, pese a estar firmemente vinculadas las partes por el contrato, aunque tales posibles abusos o parcialidad son materias perfectamente susceptibles de ser controladas –y limitadas– «ex post»; esto es, en fase ulterior al cumplimiento.

¿Cuáles son las cargas que afectarían al inmueble y que tendría que soportar el comprador?, El IBI, del ejercicio actual y de los cuatro anteriores, las cuotas y derramas de la comunidad de propietarios, las cargas inscritas previamente, deudas hipotecarias, etc...

Atendiendo a la actual normativa de protección de datos, le será muy difícil a los optantes recabar los importes debidos antes de la formalización de escritura unilateral de la compraventa en ejercicio de la opción de compra, por lo que únicamente será posible estimar, (y justificar) la aplicación del precio, pendiente de pagar, en el pago de dicha [sic] cargas del inmueble.

Con todo, no hay que olvidar que la posible indeterminación debe de ser analizada con sumo cuidado, pues una cosa es que la determinación de un elemento objetivo del contrato –no definido– quede a la voluntad unilateral y arbitraria de una de las partes, y otra bien distinta es que esa previsión, en orden a una concreción ulterior de la determinabilidad, se base en el acuerdo de aquellas. Es decir, si el cedente comparece a la firma, presentará las cargas pagadas o en caso contrario, serán los optantes los que deberán

La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, mantiene una evidente visión correctora de la rigurosa literalidad del precepto, 1.256, habiendo afirmado, por ejemplo, la Sentencia de 15 de junio de 2016 «En cualquier caso, con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código: si ‘las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos’, no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad (...)».

En la Sentencia de 29 de mayo de 2014, se afirma que el presupuesto de la determinabilidad «se considera cumplido tanto si el objeto se encuentra determinado en todos sus extremos, como sí su concreción se produce conforme a criterios de determinabilidad que operen dicho resultado sin necesidad de subsanación o de la realización de un nuevo convenio a tal efecto (STS 11 de abril de 2013, n.º 221/2013)».

Y para la Sentencia del Alto Tribunal de 31 de marzo de 2011: «El art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato. En definitiva, se trata de una norma que no tiene carácter absoluto, porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos (SSTS de 9 enero 1995, 27 febrero 1997, 4 diciembre 1998)».

Esta es la Doctrina de esa Dirección General de Registros y Notariados expresada en numerosas resoluciones en las que se acometen negocios jurídicos similares a este».

V

El registrador de la Propiedad emitió informe, confirmando su calificación, y formó expediente que elevó a esta Dirección General.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 10, 1115, 1449, 1256, 1273, 1690, 1859 y 1884 del Código Civil; 1, 9, 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 14 y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1902, 19 de mayo de 1982, 20 de mayo de 1986, 10 de junio de 1995, 18 de febrero, 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de mayo de 1998, 15 de junio de 1999, 26 de febrero y 26 de abril de 2001, 30 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 2 y 17 de febrero de 2006, 2 de julio de 2007, 21 de enero y 5 de junio de 2008, 20 de abril de 2009, 31 de marzo de 2011, 29 de mayo de 2014, 15 de junio de 2016 y 21 de febrero de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 10 de enero de 2001, 19 de febrero de 2002, 20 de noviembre de 2006, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 20 de julio, 20 de septiembre y 21 de octubre de 2012, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 14 de julio de 2016, 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de octubre de 2020.

1. Son hechos a tener en cuenta para la resolución de este expediente los siguientes:

En la escritura calificada se pacta la concesión de una opción de compra sobre una finca perteneciente a doña M. R. S. J. G., a favor de cinco personas físicas distintas, previéndose en el título la posible imputación al precio de la compraventa, no solo de la de la prima o precio de la opción, sino también de «aquellas cantidades que el comprador deba retener para cancelar cargas existentes sobre la finca y deudas con respecto a la comunidad de propietarios en que este ubicada la finca, además de los importes adeudados en concepto de Impuestos y contribuciones pendientes de pago en el momento de formalización del ejercicio de la opción de compra, así como cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción de compra y hasta el ejercicio de la misma bien en cheques y/o transferencia y/o bien subrogándose en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que graven la finca descrita, bien reteniendo el importe necesario para satisfacer los remanentes de los préstamos hipotecarios y demás cargas que pudieren haber suscritos o bien mediante su consignación notarial. Con respecto a las cantidades y/o desembolsos que la parte cedente/vendedora haya podido recibir desde la constitución del derecho de opción de compra y hasta el ejercicio de la misma, la parte compradora deberá aportar carta de pago o certificado original emitido por la vendedora en el cual deberán constar las cantidades recibidas, la fecha de la recepción de las mismas, los medios de pago, además y de forma expresa deberá constar que la cantidad recibida se asigna a parte del precio de la compraventa de la finca objeto de transmisión o bien a cuenta de la prima o precio de la opción».

Se contienen, también, previsiones para el caso de posible subrogación, o no, por el optante de deuda hipotecaria, o para el caso de retención del importe de la misma; y se añade lo siguiente: «la imposibilidad de aportar el/los certificado de saldo pendiente se suplirá mediante un cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento, quedando el comprador obligado a asumir las posibles diferencias que a favor del vendedor pudieran producirse, pudiendo reclamar la cedente/vendedora la diferencia a su favor. En ningún caso se entenderá que la no aportación de

los certificados de saldo dará lugar a una cláusula suspensiva, quedando completado el pago del precio de la presente opción de compra y quedando perfectamente legitimado el vendedor a reclamar al comprador cuantas cantidades considere oportunas por este concepto».

El registrador señala tres defectos, dos de ellos subsanables y uno insubsanable, conforme constan en la nota de calificación que se ha insertado.

El recurrente inicialmente dice en su escrito que solo recurrirá el defecto insubsanable, pero en el escrito de recurso hace referencia a dos de ellos, la existencia de un pacto comisorio y que la determinación del modo de pago del precio de la futura compraventa parece quedar al arbitrio del optante.

El registrador estima que los pactos reseñados suponen un pacto comisorio ya que aunque el supuesto es prácticamente idéntico al resuelto por esta Dirección General en Resolución de 27 de octubre de 2020, en este caso se pone como precio de valoración de la finca el de 212.000,00 euros, pero del Registro resulta que ese bien ha sido valorado por una entidad inscrita como tasadora oficial en fecha 17 de agosto de 2020, para una escritura de préstamo hipotecario en 566.858,85 euros, lo que representa que en un período de seis meses ha bajado el valor un 60%, lo cual supone una situación de abuso para el deudor que rompería con el equilibrio de la valoración.

En cuanto al precio de la futura compraventa, señala la nota que parece quedar la determinación del modo de pago al arbitrio del optante, pues puede ejercitar unilateralmente la opción por sí sólo y pagar aquello que él mismo determine sin perjuicio de que el vendedor pueda reclamar lo que considere, pero una vez que ya ha perdido el dominio del inmueble, lo que podría afectar también a los titulares de cargas posteriores a la opción, pero anteriores a su ejercicio.

2. Esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, así como otras citadas en los «Vistos» de la presente) y más recientemente, con motivo de un supuesto en el que el título recogía estipulaciones prácticamente idénticas al que es objeto de este expediente, en la Resolución de 27 de octubre de 2020, que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo». El Tribunal Supremo, Sala Primera, ha declarado reiteradamente (vid. entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquéllos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos. En este sentido, las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008 concluyeron que la opción de compra examinada se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se



condicionaba al impago de ésta), entendiendo que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

Como se afirmó en las Resoluciones de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013, comúnmente se considera que la prohibición de pacto comisorio «tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar, se destaca que su ratio descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su «ius distraendi», protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del «ius distraendi», en que está prevista la suerte de los mismos».

No obstante, en las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, se admiten aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello –se añade– podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión.

En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. En apoyo de esta tesis se cita el denominado pacto marciano recogido en el Digesto.

Más recientemente, la Resolución de 15 de marzo de 2021, ahondando en la posible admisión del pacto marciano y acotando sus límites ha señalado que: «es indudable que, de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión, dadas las medidas tuitivas que respecto de los deudores y en relación con la ejecución de la hipoteca establecen normas imperativas como, entre otras, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ni la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Hipotecaria».

3. A diferencia del supuesto objeto de la Resolución de 27 de octubre de 2020, en el que la opción se pactaba a favor del acreedor hipotecario, en el caso de este expediente en el historial registral de la finca consta la existencia de una hipoteca a favor de una entidad financiera, sin que ni de la escritura de opción, ni del registro resulte que haya una vinculación entre la deuda garantizada y los optantes futuros compradores de la finca de forma que pueda deducirse que la opción se pacta en garantía de dicha deuda.

Descartada esta posibilidad, podría suceder que la concedente mantuviera una posición deudora respecto a los optantes que justificase la existencia de un contrato simulado. En concreto, la existencia del pacto comisorio se sustenta a juicio del registrador en la diferencia entre el valor de tasación de la finca que consta en la inscripción de hipoteca y el muy inferior valor de compra lo que podría dar lugar a un posible abuso contra del dueño de la finca.

Como señaló la Resolución de 20 de julio de 2012, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial, no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, pues, «por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e «intervivos» de los derechos reales (cfr. art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (cfr. artículo 1.261-3.º, 1.274 a 1.277 del Código Civil)». En la «venta en garantía» la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva sino una transmisión provisional y cautelar, en funciones de garantía, a consolidar en caso de incumplimiento de la obligación.

En la escritura calificada se hace constar lo siguiente: «el concedente de la opción de compra hace manifestación expresa de que el precio establecido para ejercitar la opción de compra aquí establecida y como consecuencia adquirir la finca, ha sido pactado y tratado con suficiente antelación para valorar su conveniencia o no y que el importe establecido, así como que el resto de las condiciones contenidas en la presente escritura de opción de compra son fruto de negociaciones previas que satisfacen suficientemente sus intereses, así mismo se hace mención de que la vendedora no depende en absoluto, ni mantiene relación de confianza, con respecto al optante, ni que se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica o necesidad imperiosa de vender la finca, además la parte cedente confirma haber entendido claramente el contenido de los acuerdos establecidos en la presente escritura y que en ningún caso considera que el optante obre de mala fe ni aprovechándose de ninguna circunstancia personal. Además, la vendedora manifiesta que la formalización de esta opción de compra es, a instancia expresa suya».

De las afirmaciones de la concedente, efectuadas en escritura pública, no puede inferirse la situación de abuso, cuya prueba, por otra parte, supera el alcance de la función calificadoras y el ámbito del marco en el que se desenvuelve este recurso, adentrándose en lo que sin duda alguna es materia propia de un procedimiento contradictorio, con práctica de pruebas y bajo la cobertura de la función jurisdiccional; que es la llamada a resolver eventuales conflictos entre partes, desvelar posibles simulaciones y fraudes de ley y –en suma– a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En consecuencia, no quedando acreditada la existencia de un pacto comisorio, procede revocar el defecto observado.

4. Respecto del segundo de los defectos observados, el registrador señala que parece quedar la determinación del modo de pago al arbitrio del optante, pues puede ejercitar unilateralmente la opción por sí sólo y pagar aquello que él mismo determine sin perjuicio de que el vendedor pueda reclamar lo que considere, pero una vez que ya ha perdido el dominio del inmueble. Indica que asimismo podría afectar a los titulares de cargas posteriores a la opción, pero anteriores a su ejercicio.

En cuanto a que la determinación queda al arbitrio de una de las partes, tal pacto el señalamiento del precio no queda, en sí mismo, al arbitrio del comprador (algo que está prohibido por los artículos 1256 y 1447 –este «a contrario sensu»– del Código Civil), pues la facultad que se atribuye convencionalmente al comprador se refiere propiamente a la cantidad que del precio ya fijado se paga en realidad, hechas las referidas deducciones.

Para resolver la concreta cuestión planteada, hay que comenzar afirmando que el artículo 1256 del Código Civil ciertamente ha planteado no pocas dudas interpretativas que, precisamente, no han ayudado a aclarar su verdadero sentido. Así y en relación con la validez del contrato en sentido estricto, no han faltado autores que han concluido que lo que tal precepto legal prohíbe es que se remita a la voluntad de una de las partes una modificación del régimen legal de la nulidad y en general de la ineficacia contractual.

Y si del campo de la validez se pasa al de la determinabilidad de algunos de los elementos del contrato, tal cuestión, como ha puesto de relieve la más moderna doctrina, lo que puede plantear son problemas de abuso o de parcialidad en su fijación, pese a estar firmemente vinculadas las partes por el contrato, aunque tales posibles abusos o parcialidad son materias perfectamente susceptibles de ser controladas –y limitadas–

«ex post»; esto es, en fase ulterior al cumplimiento. Con todo, no hay que olvidar que la posible indeterminación debe de ser analizada con sumo cuidado, pues una cosa es que la determinación de un elemento objetivo del contrato –no definido– quede a la voluntad unilateral y arbitraria de una de las partes, y otra bien distinta es que esa previsión, en orden a una concreción ulterior de la determinabilidad, se base en el acuerdo de aquellas.

Bien es cierto que en sede del Código Civil existe una cierta aversión hacia la indeterminación de lo que puedan considerarse como elementos objetivos del contrato, citándose en tal sentido el texto de artículos como el 1449, 1690, párrafo segundo, 1115 (condición meramente protestativa) y por supuesto el 1256. Pero no lo es menos que el derecho comparado y las más recientes codificaciones se orientan en un sentido que ha sido calificado como «superación del mito del tabú de la determinación del objeto y del precio» y del «tabú del arbitrio de parte»; de modo que, modernamente, la insistencia en la determinación de los elementos objetivos del contrato y singularmente del precio, así como la aversión a su determinación unilateral han disminuido muy notablemente, desvaneciéndose para algunos autores en términos prácticos.

Y esa tendencia no solo es una realidad a la vista del derecho comparado (cabe citar en ese sentido, por ejemplo, la reforma, del año 2017, de los artículos 1164 y 1165 del «Code» francés); o de Convenios internacionales (como sucede, por ejemplo, con los artículos 14.1 y 55 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980 y en vigor en España desde el 1 de agosto de 1991), que consideran admisible que el precio pueda determinarse sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes. Es que recientes codificaciones, realizadas en nuestro ordenamiento jurídico, como ocurre por ejemplo el Libro VI del Código civil catalán, siguen estas modernas tendencias, de lo que es claro ejemplo el artículo 621-5.2 del Código Civil de Cataluña, a cuyo tenor: «Si el contrato establece que el precio sea determinado por una de las partes o por terceros, solo es posible oponerse a la determinación manifiestamente no razonable o hecha fuera del plazo pactado o adecuado dadas las circunstancias».

Por lo que se refiere a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, es evidente una visión correctora de la rigurosa literalidad del precepto, habiendo afirmado, por ejemplo, la Sentencia de 15 de junio de 2016 lo siguiente: «(...) Ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal de dicho artículo («La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»), se ha sostenido autorizadamente, a la luz del comentario de García Goyena a su precedente, el artículo 979 del Proyecto del 1851 sin paralelo en la codificación decimonónica, que se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1115.I CC –nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa–, procedente de textos del Digesto referidos a las obligaciones nacidas de stipulatio (por consiguiente, con un solo acreedor y un solo deudor). No expresaría, así, sino el principio lógico de que, en frase del propio García Goyena, «quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles». «En cualquier caso, con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código: si «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad (...)».

En la Sentencia de 29 de mayo de 2014, se afirma que el presupuesto de la determinabilidad «se considera cumplido tanto si el objeto se encuentra determinado en todos sus extremos, como si su concreción se produce conforme a criterios de determinabilidad que operen dicho resultado sin necesidad de subsanación o de la realización de un nuevo convenio a tal efecto (STS 11 de abril de 2013, n.º 221/2013)».

Y para la Sentencia del Alto Tribunal de 31 de marzo de 2011: «El art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la

seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato. En definitiva, se trata de una norma que no tiene carácter absoluto, porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos (Ver SSTs de 9 enero 1995, 27 febrero 1997, 4 diciembre 1998)».

5. Respecto a la satisfacción de deudas posteriores a la opción, pero anteriores a su ejercicio, debe tenerse en cuenta que 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.

En este sentido, 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 en perjuicio no solo del concedente sino también de los titulares de derechos posteriores, pero esta protección 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.

Por tanto, es decisiva la configuración del derecho de opción en la escritura para que pueda ser transcrito en el asiento registral. 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.

Este Centro Directivo ha reconocido la posibilidad de deducción del importe de la prima de la opción o de las cantidades satisfechas en concepto de cuotas del arrendamiento, al constar en el Registro que la cantidad pagada por el otorgamiento de la opción se deducirá del precio, si se ejercita tal derecho, de forma que cualquier titular de un derecho posterior tiene conocimiento de que tal cantidad no se consignará.

También se ha reconocido la posible deducción del importe de cargas anteriores a la propia opción, que son asumidas o satisfechas por el optante permitiendo detraer de las cantidades que deben ser consignadas el importe de aquellas cargas en las que se subroga el adquirente, en los términos del artículo 118 de la Ley Hipotecaria puesto que lo contrario supondría un enriquecimiento injusto a favor del titular de la carga posterior, y el correlativo perjuicio para el optante, todo ello sobre la base del precio inscrito para el ejercicio de la opción. Si bien esta posibilidad debe considerarse limitada por el principio de que las cantidades satisfechas por estos conceptos no podrán ser superiores a las correspondientes coberturas hipotecarias. Pero dentro de dichos límites, es posible deducir no sólo el importe del principal, sino también de aquellos otros conceptos garantizados por la hipoteca que hayan podido devengarse, como son los intereses de demora.

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.

Por último, se ha reconocido que tampoco es necesaria tal consignación en caso de haberse pactado en la escritura de concesión de la opción un pago por compensación de deudas (excluyéndose tal posibilidad, lógicamente, si hubiera pacto comisorio).

En general, puede decirse que no habrá obligación de consignar cuando la forma de pago que se hubiera pactado no permite la consignación por no haber entrega alguna de cantidad.

En todo caso, es fundamental que estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas. La falta de normas legales (salvo el artículo 175.6.<sup>a</sup> por analogía) hace que haya de procederse conforme al criterio que se desprende del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, en la redacción de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, conforme al cual «sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo». Criterio que se justifica no sólo en base al carácter constitutivo de la inscripción del derecho de hipoteca, sino también en el principio hipotecario general de la inoponibilidad de lo no inscrito (cfr. artículo 32 de la Ley Hipotecaria). De otra forma el tercero quedaría indefenso.

6. En el supuesto de este expediente se pacta, entre otros supuestos, que «(...) para el caso de subrogarse la optante en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que graven la finca o bien se produzca la retención del importe necesario para satisfacer el remanente de dichos créditos, una vez descontada la prima de la opción, y otros desembolsos previstos en la escritura, la optante solicitará de los posibles acreedores, certificación de saldo pendiente a fecha de ejercicio de la opción, siendo dicho saldo, sus intereses, gastos y comisiones la cantidad a descontar del precio para el ejercicio de la opción de compra, entregando a la parte cedente vendedora el saldo restante a su favor resultante o bien pudiendo reclamar la optante la diferencia a su favor, en caso de no comparecer la cedente vendedor, dicho importe y certificados se consignarán en la Notaría a disposición de ésta».

A continuación, señala que «(...) la imposibilidad de aportar los certificados se suplirá mediante un cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento, quedando el comprador obligado a asumir las posibles diferencias que a favor del vendedor pudieran producirse».

Este último punto es el que ofrece más dudas respecto a la determinación de los importes a deducir del precio de la compraventa. Como se ha expuesto, no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del contrato en perjuicio del otro contratante ni de posibles terceros acreedores posteriores.

Pero como también se ha dicho, tampoco puede llevarse la protección a los acreedores posteriores hasta el extremo de hacer depender el cumplimiento de la obligación de pago y consignación por parte del optante de la actuación de aquellos, como sucedería en el caso de imposibilitar la entrega de los certificados acreditativos de su deuda, lo que impediría el ejercicio del derecho de opción, que es preferente.

Por lo que, habiéndose pactado en la escritura la previsión del cálculo efectuado por el comprador en orden a una concreción ulterior de la determinabilidad del precio, este acuerdo, que configura el derecho de opción, en cuanto sea transcrito en el asiento registral, adquirirá transcendencia «erga omnes» lo que implica que deba tenerse en cuenta respecto de posteriores titulares que tengan acceso al Registro.

Todo ello, claro está, sin perjuicio de que, si el vendedor o los acreedores posteriores entienden que en el cálculo efectuado existen conceptos o cargos indebidamente asentados, o cantidades que no debieran ser reclamadas o que no estuvieran justificadas, hagan uso de la vía judicial.

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, 21 de julio de 2021.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.