

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

4777 *Resolución de 10 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Illescas n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de un contrato privado de compromiso de compraventa futura de derechos de crédito y opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don A. G. G. y doña A. B. V., en nombre y representación de la entidad «Voyager Investing UK Limited Partnership», contra la calificación del registrador de la Propiedad de Illescas número 1, don José Ernesto García-Trevijano Nestares, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de un contrato privado de compromiso de compraventa futura de derechos de crédito y opción de compra.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 9 de marzo de 2021 por el notario de Madrid, don Francisco Calderón Álvarez, se elevó a público un contrato privado en el que intervenían las siguientes entidades: de una parte, la entidad «Voyager Investing UK Limited Partnership» -vendedora de los derechos de crédito de los que era titular-, y, de otra, las sociedades «Grupo Menchero, S.L.» -compradora-, «Euroseseña 2002, S.L.» -deudor-, «Construcciones Menchero, S.L.» -concedente-, y «Prefabricados La Mancha, S.L.» -concedente-. Se estipulaban los siguientes pactos: suspensión temporal de las ejecuciones hipotecarias de los créditos objeto del contrato; compromiso de cesión futura de derechos de crédito por un precio de 2.400.000 euros, que serían pagados 800.000 euros en el momento del otorgamiento, otros 800.000 euros antes del día 30 de marzo de 2022, y otros 800.000 euros antes del día 30 de marzo de 2023; se facultaba al vendedor para la resolución anticipada del contrato para el caso de desistimiento o incumplimiento del comprador, pudiendo optar entre el requerimiento de pago o la resolución anticipada del contrato con una indemnización de daños y perjuicios, facultándose al vendedor para retener cualquier importe recibido a cuenta del precio de la cesión; se pactaba, además, a favor del vendedor, una opción de compra sobre las fincas hipotecadas con carácter gratuito «únicamente en el caso de que no se verifique el pago de cualesquiera de los importes establecidos (...)», durante un plazo de 30 días hábiles desde las respectivas fechas del pago del precio; se concedía un poder irrevocable a favor del vendedor para el otorgamiento de las escrituras de compraventa en representación del deudor y de los concedentes.

Interesa a los efectos de este expediente que, relativo al precio de opción de compra, se establecía lo siguiente: «El precio de adquisición de las Fincas Hipotecadas será equivalente al importe de la Deuda Pendiente bajo los Préstamos Hipotecarios del que, proporcionalmente responda cada una de las Fincas Hipotecadas respecto de las que se ejercite la Opción de Compra. Dicho precio se abonará, bien mediante compensación con cargo a la Deuda Pendiente, en caso de que el adquirente sea el Vendedor, bien mediante asunción del importe correspondiente de Deuda Pendiente por parte del adquirente y liberación del Deudor por dicho importe, en el caso de que el adquirente sea una sociedad de su grupo designada por Voyager».

II

Presentada el día 9 de noviembre de 2021 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Illescas número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación.

La extiendo, a solicitud verbal del presentante de fecha dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno, en relación con las fincas 23.770, 23.768 y 23.769 de Seseña, conforme a los artículos 18, 66, 323 y concordantes de la Ley Hipotecaria, a continuación del documento arriba identificado, por los siguientes

Hechos:

Son los resultantes del documento, su presentación y del contenido de los asientos registrales.

En el precedente documento, la sociedad Voyager Investing UK Limited Partnership, y las mercantiles Grupo Menchero, S.L., Eurosesaña 2002, S.L., Construcciones Menchero, S.L. y Prefabricados La Mancha, S.L., elevan a público un contrato privado.

En dicho contrato, la sociedad Voyager Investing UK Limited Partnership se obliga a transmitir a Grupo Menchero, S.L. determinados derechos de crédito garantizados con hipotecas constituidas sobre varias fincas, por el precio estipulado en el contrato.

Además, en virtud del referido contrato, la sociedad Eurosesaña 2002, S.L., en su condición de deudora de las referidas hipotecas, y las titulares registrales de las fincas hipotecadas, Construcciones Menchero, S.L. y Prefabricados La Mancha, S.L., otorgan a Voyager Investing UK Limited Partnership una opción de compra de carácter gratuito sobre las fincas hipotecadas, de modo que en el caso de que no se verifique el pago del precio de la transmisión de los derechos de crédito, Voyager Investing UK Limited Partnership podrá ejercitar la opción de compra sobre las fincas hipotecadas.

Ni la obligación de transmitir derechos de crédito ni la opción de compra pactada son susceptibles de inscripción.

Fundamentos de derecho:

1. La obligación de transmitir determinados derechos de crédito, contenida en el contrato privado que por el título calificado se eleva a público, no es inscribible, tal y como indica expresamente el artículo 9 del Reglamento Hipotecario: "No son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley."

2. Respecto de la opción de compra pactada, se pacta como condición para ejercitarla que no se verifique el pago del precio de la cesión de los derechos de crédito, es decir, la opción de compra se constituye en función de garantía, de manera que ante el impago del precio pactado el acreedor deviene propietario de las fincas. Esta práctica constituye un pacto comisorio, prohibido por los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil:

Artículo 1859: El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.

Artículo 1884: El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

El fundamento de esta prohibición de pacto comisorio tiene rancio abolengo en nuestro Derecho y constituye doctrina jurisprudencial y registral permanente, pues su

finalidad es impedir que el acreedor se apropie del bien en cuestión en pago de su crédito, independientemente de la forma que se le dé, ya sea mediante la figura de las obligaciones al portador, opción de compra, o cualquier otra.

En este sentido se ha pronunciado en diversas ocasiones la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, como en la Resolución del 27 de octubre de 2020, en la que indica que “esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones 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”.

La prohibición de pacto comisorio es doctrina reiterada de la Dirección General, como ponen de relieve, entre otras, las Resoluciones de 28 de enero de 2020, 26 de diciembre de 2018, 28 de noviembre de 2017, 20 de julio de 2012, 26 de noviembre de 2008, 26 de marzo de 1999, 30 de septiembre de 1998, 8 de abril de 1991.

También el notario autorizante del título calificado se pronuncia en este sentido en las advertencias legales, cuando indica: “advierto de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública) sobre las opciones en garantía y su relación con el pacto comisorio”.

Acuerdo:

En base a los anteriores hechos y fundamentos deniego la inscripción solicitada respecto de las fincas.

El defecto señalado, tiene el carácter de insubsanable (...)

Contra esta calificación (...)

Illescas, a 2 de diciembre de 2021 (firma ilegible) Fdo.: José-Ernesto García-Trevijano Nestares.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. G. G. y doña A. B. V., en nombre y representación de la entidad «Voyager Investing UK Limited Partnership», interpusieron recurso el día 4 de enero de 2022 mediante escrito en el que alegaban lo siguiente:

«Fundamentos de Derecho.

Preliminar. La Opción de Compra reúne los requisitos básicos exigidos para su inscripción

Este recurso va a versar exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación del Sr. Registrador titular del Registro n.º 1. Esto es, la supuesta vulneración de la prohibición del pacto comisorio.

No obstante, antes de entrar en el objeto del recurso, creemos oportuno precisar que, a efectos del art. 14 RH, el Acuerdo incluye contenido inscribible, más allá de la propia Opción: en el Expositivo V de la Escritura (y también en el Expositivo V del Acuerdo), Eurosesefa reconoce deber a Voyager 8.103.218,78 €, cantidad que se reduce en el importe de los 800.000 euros que el Comprador entrega en el mismo acto. Es decir, el Acuerdo contiene un reconocimiento de deuda bajo los Préstamos. La cantidad adeudada en cada momento es la principal vicisitud de cualquier contrato de préstamo, de la que depende la vigencia de la hipoteca. Por tanto, el reconocimiento de deuda constituye por sí mismo un acto inscribible, aun cuando las Partes en este caso no hayan solicitado su inscripción. En esta línea se ha pronunciado este Centro Directivo, entre otras, en la Resolución de 28 de febrero de 2003:

“El reconocimiento de deuda es un negocio perfectamente admitido en nuestro Derecho. Y si bien es cierto que nuestro sistema hipotecario es causalista y que los derechos reales para acceder al Registro deben tener causa que los sustente y que ésta constará en el título y en la inscripción, no es menos cierto que sea una excepción el reconocimiento de deuda garantizada con hipoteca pues en éste, el derecho real de

hipoteca tiene su causa en el crédito que el deudor reconoce y puede el acreedor exigir del que la hipoteca es accesoria, siendo tal crédito la causa de deber que da cobertura al derecho de hipoteca.”

Por otra parte, en la Estipulación Quinta, apartado tercero, el Deudor y las otras dos entidades propietarias de las Fincas confieren un poder irrevocable a favor de Voyager para que éste pueda otorgar las escrituras de compraventa en caso de que ejercite la Opción, así como cuantas subsanaciones fueren necesarias para inscribirlas en el Registro de la Propiedad. Este poder de representación es por sí mismo un contrato de mandato irrevocable contenido en documento público y por tanto es inscribible conforme al artículo 94.5.º del Reglamento del Registro Mercantil.

A mayor abundamiento, las Partes hubiesen podido configurar esta misma Opción de Compra como un contrato autónomo. Podrían haber pactado un precio fijo, coincidente con el último pago a realizar por Grupo Menchero, y estipulado que Voyager pudiese abonarlo mediante compensación contra las cantidades debidas por Euroseséña en el momento del ejercicio de la Opción. Este Centro Directivo conoció de un caso similar en Resolución de 8 de abril de 1991. En aquella ocasión, la DGRN declaró que son los tribunales quienes tienen competencia para determinar si el negocio jurídico es fraudulento o contrario a una norma imperativa, y ordenó la inscripción de la escritura de opción de compra. En idéntico sentido se pronuncia la Resolución de 23 de julio de 2005. Es importante recalcar esta idea: si esta misma Opción de Compra se hubiese diseñado como un contrato autónomo, en los términos descritos, y sin referencia alguna a los Préstamos, ninguno de los Registros hubiese objetado a su inscripción.

El 14 RH exige tres requisitos específicos para el acceso al Registro de la Propiedad de las opciones de compra, que se verifican en este caso:

- a) Acuerdo expreso de las partes para que se inscriba;

Este consta expresamente en la Cláusula Novena del Acuerdo:

Novena. Inscripción registral.

Las Partes consienten expresamente la inscripción de la Opción de Compra pactada en la estipulación Quinta de este Contrato en cada uno de los Registros de la Propiedad donde se encuentran inscritas las Fincas Hipotecadas, presentando para ello copia autorizada de este Contrato en los Registros competentes, así como cuantos documentos resulten pertinentes o requeridos en los Registros de que se trate.

A los fines anteriores, las Partes solicitan de los Registros de la Propiedad oportunos la práctica de las operaciones registrales, y prestan su expreso consentimiento a la no inscripción de aquellas estipulaciones que carecieran de trascendencia real por englobar obligaciones de carácter personal. En este sentido, las Partes solicitan la inscripción parcial del presente Contrato, sin hacer constar las cláusulas que carezcan de trascendencia real o que, de conformidad con las Resoluciones de la Dirección General, la normativa aplicable o su propia naturaleza no sean inscribibles, sin perjuicio de que se reflejen las mismas en la nota de inscripción. Asimismo, las partes solicitan del Sr. Registrador de la Propiedad la anotación preventiva de sus derechos si la inscripción no pudiera practicarse por falta de algún requisito subsanable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42. 9.º de la Ley Hipotecaria.

El Deudor y los Concedentes se comprometen en este acto a otorgar a requerimiento del Vendedor, cualquier documento de subsanación o aclaración que se requiera para la inscripción de presente Contrato en el Registro de la Propiedad competente de acuerdo con los defectos puestos de manifiesto, por escrito u oralmente, por el Registrador que lo califique.

b) Determinación del precio para la adquisición del inmueble (los inmuebles, en este caso) si el optante ejercita la opción;

Dicho precio consta expresamente en la Cláusula 5.4 del Acuerdo:

5.4 Precio de compra.

El precio de adquisición de las fincas Hipotecadas será equivalente al importe de la Deuda Pendiente bajo los Préstamos Hipotecarios del que, proporcionalmente, responda cada una de las Fincas Hipotecadas respecto de las que se ejercite la Opción de Compra. Dicho precio se abonará, bien mediante compensación con cargo a la Deuda Pendiente, en caso de que el adquirente sea el Vendedor, bien mediante asunción del importe correspondiente de Deuda Pendiente por parte de la adquirente y liberación del Deudor por dicho impone, en caso de que la adquirente sea una sociedad de su grupo designada por Voyager.

c) Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá ser superior a cuatro años.

Dicho plazo consta expresamente en la Cláusula 5.3 del Acuerdo:

5.3 Plazo y forma de ejercicio de la opción de compra.

El Vendedor podrá ejercitar la Opción de Compra en el plazo de treinta (30) días hábiles desde las respectivas fechas de pago del Precio previstas en la Estipulación Tercera.

(...) (A continuación, se describe el mecanismo para el ejercicio de la Opción de Compra).

Las fechas de pago de cantidades pendientes que se prevén en la Estipulación Tercera son el 30 de marzo de 2022 y el 30 de marzo de 2023:

a) Ochocientos mil euros (800.000 €) en el presente acto mediante la entrega de cheque bancario n.º (...) emitido con cargo a la cuenta corriente n.º (...) abierta en Bankia titularidad del Comprador (...)

b) Ochocientos mil euros (800.000 €) con anterioridad al 30 de marzo de 2022 y mediante la entrega de cheque bancario nominativo o transferencia bancaria a la cuenta corriente n.º (...) titularidad de Voyager en la entidad bancaria Banco Santander.

c) Ochocientos mil euros (800.000 €) con anterioridad al 30 de marzo de 2023 y mediante la entrega de cheque bancario nominativo o transferencia bancaria a la cuenta corriente n.º (...) titularidad de Voyager en la entidad bancaria Banco Santander en unidad de acto con la firma de la Cesión señalada en la Estipulación Segunda.

Por tanto, no se excede el plazo máximo de 4 años.

Sentado lo anterior, pasamos a desarrollar los fundamentos jurídicos que son objeto del recurso, conforme a lo previsto en el artículo 326 LH.

Primero. La RDGRN de 13 de marzo de 2000 como precedente doctrinal para la resolución de este recurso.

De entre todos los precedentes de jurisprudencia registral que hemos analizado, hemos de destacar por encima de todos la Resolución de 13 de marzo de 2000. Este es, con mucho, el que más se asemeja a nuestro supuesto, tanto en sus antecedentes fácticos como en la estructura del acuerdo enjuiciado.

Su fundamento jurídico I señala:

“Son hechos relevantes en el presente recurso los siguientes: A) Por deudas de una empresa constructora al arquitecto y aparejador de una obra, la empresa, después de reconocer en la escritura la correspondiente deuda (que ya era líquida, vencida y exigible) se compromete ante cada uno de ellos a lo siguiente: 1) a pagar, en el momento del otorgamiento de la declaración de obra nueva y división horizontal (esto es, en un

momento futuro), las cantidades adeudadas; 2) en caso de que no pueda realizarse lo anterior, a emitir, en el mismo momento, a favor de cada uno de los acreedores un pagaré, con vencimiento a dos días (vencimiento que por escritura posterior se alarga a 45 días), o a endosar a los acreedores los cheques que reciba de los compradores de las plazas de garaje; 3) en el supuesto de que lo anterior no se realice, y sometido a la condición suspensiva de dicho incumplimiento (condición suspensiva consistente en que el deudor siga sin pagar al cabo de un determinado periodo), la referida constructora da en pago a cada uno de los repetidos acreedores determinadas plazas de garaje que en la escritura se describen (entrega de bienes inmuebles en pago). B) El Registrador, aparte de otros defectos que no se recurren, deniega la inscripción por el defecto insubsanable de que “La dación en pago de deudas sujeta a condición suspensiva es asimilable a una compraventa en garantía a cuya admisión se oponen los artículos 609, 1.263. 3.º, 1.274 a 1.278 y 1.859 y 1.884 del Código Civil.” C) El Presidente del Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso.”

El fundamento jurídico II razona:

“(…) No todo pacto comisorio está prohibido. En el presente supuesto, la dación en pago más que garantía de un préstamo impuesta por el prestamista, tiene una finalidad solutoria, puesto que, por una parte, la deuda va está vencida y es exigible; por otra, el hecho de que la misma esté sujeta a diversas condiciones suspensivas y el alargamiento del plazo por los acreedores revela que lo querido por los mismos es el pago de lo que se les adeuda, y no el abuso de su posición, que se podría haber dado con más claridad si no existiera la condición, pudiendo añadirse, finalmente, que el supuesto de hecho que da lugar a la explicación de una norma prohibitiva no puede presumirse ni ésta aplicarse extensivamente. Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, con revocación del título presidencial y la calificación del Registrador.”

Este supuesto es jurídicamente idéntico al que aquí se analiza: las partes pactan una entrega de bienes inmuebles con finalidad solutoria como último recurso en caso de no abonarse en efectivo (o mediante efectos comerciales) una deuda que ya es líquida, vencida y exigible en la fecha del acuerdo. La DGRN consideró inscribible esta opción de compra.

Por sus evidentes conexiones con nuestra Opción, nos referiremos en lo sucesivo a esta Resolución como el “Precedente”.

Segundo. Finalidad solutoria del Acuerdo. Naturaleza jurídica de transacción procesal y pacto ex intervalo.

El Acuerdo no supone una novación modificativa de los Préstamos por la que se conceda un aplazamiento del pago a favor de Euroseña, naciendo así una “nueva” obligación. Una novación de tales características sería incompatible con la situación judicial de los Préstamos. El plazo no se extiende: los Préstamos están vencidos, y Euroseña continúa debiendo a Voyager la totalidad de su saldo, que es vencido y líquido, si bien su exigibilidad se suspende temporalmente, en tanto se determina si Grupo Menchero paga el precio de los Préstamos o no, en cuyo caso Voyager podrá adquirir las Fincas, dando carta de pago por toda la deuda. La posibilidad de que se ejercite la Opción de Compra no depende del impago de los Préstamos (pues estos ya están impagados), sino de que el Comprador (un tercero) no compre los Préstamos mediante el abono de 2.4 millones de euros. Por esto, insistimos, el Acuerdo tiene finalidad solutoria, y la Opción no puede considerarse una garantía de los Préstamos sobreañadida a las hipotecas existentes.

La causa de la Opción de Compra no puede desligarse de la causa conjunta del negocio jurídico que entraña el Acuerdo. Dicha causa es solvendi, al modo de una dación en pago, y no garantiza, como en la hipoteca o la prenda.

Además, la naturaleza del Acuerdo es eminentemente procesal: estamos ante una transacción. una forma consensuada de poner fin al proceso civil. Nótese que las partes

podrían haber llegado al mismo Acuerdo en el marco de las propias Ejecuciones Hipotecarias, a través del convenio de realización de las garantías regulado en el art. 640 LEC:

“1. El ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución podrán pedir al Letrado de la Administración de Justicia responsable de la misma que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución.

2. (...) En la comparecencia (...) los asistentes podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial.

También cabrá proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante.”

El artículo 640 LEC no prevé ningún control judicial del contenido del convenio de realización, ni una ponderación de circunstancias al estilo del 670.4 LEC. Para la validez del convenio solo se precisa el acuerdo de las partes de la ejecución, y la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro con posterioridad a la hipoteca. Como se ha adelantado, no existen acreedores distintos de Voyager con sus derechos inscritos sobre las Fincas.

Dicho de otro modo: una vez despachada la ejecución sobre todas las Fincas, nada impide que las partes formalicen un acuerdo como el nuestro, con idéntico contenido (incluida la Opción de Compra), al amparo del artículo 640 LEC. No parece razonable negar su acceso al registro por el hecho de haberse convenido extra processum.

La prohibición de los artículos 1859 y 1884 no se extiende a las deudas líquidas, vencidas y exigibles (como se deduce con claridad del Precedente), ni tampoco a la ejecución hipotecaria, en la que los litigantes tienen disposición sobre el objeto del proceso, pudiendo transigir sobre el mismo (art. 19.1 LEC). Esto entronca con la naturaleza de nuestra Opción de Compra como pacto ex intervalo, que pasamos a analizar.

Dicho sea, con el máximo respeto, las Resoluciones de esta Dirección General que cita el Sr. Registrador en su nota de calificación se refieren a pactos ab origine, desde el comienzo mismo de la relación crediticia:

a) RDGRN de 28 de enero de 2020: Se analiza una escritura en la que las partes formalizaron un contrato de préstamo, constituyendo en unidad de acto un derecho de opción de compra gratuito en favor del prestamista sobre 11 fincas, ejercitable por el prestamista únicamente si se producía el impago del préstamo y sus intereses. Aunque el recurrente argumentó que la opción de compra era un pacto ex intervalo, lo cierto es que el acreedor había concedido (sic) “una importantísima inyección de liquidez (al deudor) para que éste pudiera renegociar la deuda con Sareb, lograr una muy importante y considerable quita, cancelar totalmente las cargas que gravaban los inmuebles y recuperar la posibilidad de gestionar la venta de la promoción”. Se trataba, pues, de un nuevo préstamo (aun cuando su finalidad fuese repagar a otro acreedor un préstamo preexistente) y el mecanismo comisorio se había pactado en el momento de su concesión. Nada que ver con nuestro caso, en que la Opción tiene finalidad solutoria de un crédito ya vencido, líquido y reclamado judicialmente. En nuestro caso no ha mediado dinero nuevo, ni se han novado los términos de los Prestamos. Únicamente se ha acordado, en el marco de una transacción procesal, la total liberación del Deudor a cambio de que Voyager reciba solo una parte de lo que debe;

b) RDGRN de 26 de diciembre de 2018: la compañía “Naviera Teekay Gas, S.L.” constituye hipoteca naval sobre un buque en garantía de un préstamo a favor de una serie de bancos y del agente de una financiación sindicada. La propia hipoteca incluía lo que las partes denominaron un “pacto marciano”. La DGRN admitió la validez del pacto,

sujeto a determinados requisitos que entendió que no se cumplían en el caso examinado.

c) RDGRN de 28 de noviembre de 2017: escritura pública por la que la sociedad “Gran Centre Mediterrani, S.L.” vende a la sociedad “Tecnodental Patrimonial, S.L.” una finca urbana por precio de 250.000 Euros que quedó íntegramente aplazado, con una reserva de dominio a favor del vendedor, de tal forma que, de no abonarse todos los plazos del precio, tendría lugar la resolución de la compraventa y de todos sus efectos. La RDGRN declaró que no podía reconocerse eficacia automática y extrajudicial a dicho pacto, habida cuenta de la posible corrección judicial de la cláusula penal conforme al art. 1154 CC (doctrina que posteriormente modificó en la famosa Resolución de 29 de agosto de 2019).

d) RDGRN de 20 de julio de 2012: la sociedad “Estudios Alga, S.L.” reconoce adeudar a “Golf Jandía, S.L.U.» la cantidad de 150.000 euros, que recibe el mismo día del otorgamiento de la escritura. El prestatario, en una fiducia cum creditore, cede al prestamista una finca, sujeta a condición suspensiva consistente en la falta de pago del precio. La DGRN confirma la calificación negativa del Registrador, por constituir un pacto de comiso ex ante, vedado por el art. 1859 CC.

Como vemos, en todos los casos citados, las partes de una relación crediticia (o de una compraventa con plazo aplazado, que viene a ser lo mismo a estos efectos) pactan fórmulas más o menos creativas, pero siempre con idea de eludir la prohibición del art. 1859 CC en el momento del nacimiento del crédito, concediendo al acreedor la facultad de apropiarse de los bienes ante un hipotético impago del deudor.

Nuestro caso es radicalmente distinto de todos los citados por el Sr. Registrador, pues el impago no es una hipótesis sino una realidad: el Deudor impagó los Préstamos hace años (en la Escritura consta que las Ejecuciones Hipotecarias comenzaron entre 2015 y 2016). Las partes, en ejercicio de la libertad de pactos consagrada en el art. 1255 CC, han consensuado una alternativa a la continuación de las Ejecuciones Hipotecarias; un pacto ex intervallo con función solutoria (exactamente igual que en el Precedente del año 2000). Conforme a este Acuerdo, el pago de los Préstamos se puede concretar en:

(a) la compraventa de los Préstamos por la sociedad matriz del Deudor (Grupo Menchero), por 2.400.000 euros; o bien

(b) solo si Grupo Menchero no paga la cantidad estipulada (o si desiste de la compraventa), la adquisición de las Fincas por Voyager, a cambio de cancelar el 100 % de la deuda pendiente (que a día de hoy es de 7.303.218,78 € tras el primer pago de 800.000 € con la firma del Acuerdo).

La jurisprudencia y la doctrina mayoritarias entienden que la prohibición del artículo 1859 CC se refiere al pacto en la propia escritura de hipoteca por el que se concede al acreedor la facultad de apropiarse de los bienes hipotecados si el deudor incumple sus obligaciones, sin someterse a un procedimiento reglado de ejecución. Pero no así al pacto ex intervallo, cuya validez reconoce con total claridad el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de mayo de 2000:

“La prohibición del pacto comisorio hace referencia únicamente al pacto contemporáneo (previo o simultáneo) a la generación del crédito, no a las adjudicaciones o transmisiones posteriores en pago.”

En su exhaustivo estudio sobre las razones de la prohibición del pacto comisorio, F. N. C. analiza la más reciente STS de 21 de febrero de 2017, que declara la nulidad del pacto de transmisión de una finca ante el impago del deudor:

“El supuesto descrito obedece a la constitución de un pacto ab initio (...) es decir, vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza.”

En otras palabras: el comiso prohibido es el que se conviene “ex ante”, no “ex post”. Producido el incumplimiento de la obligación, nada obsta para que acreedor y deudor acuerden transmitir la propiedad al acreedor en pago de la deuda, de no remediarse el incumplimiento en un plazo determinado (como sucedió en el Precedente). F. R. señala que el pacto ex intervalo es admisible en nuestro Derecho (con independencia de que se haya celebrado antes o después del vencimiento de la deuda), siempre y cuando concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones y de libertad contractual entre ambas partes (condiciones que, como desarrollaremos en el último apartado, se verifican sobradamente en nuestro caso).

Imaginemos que las partes hubiesen pactado una dación en pago, en vez del Acuerdo. ¿Qué diferencia habría respecto del escenario hipotético en que Voyager ejercite la Opción de Compra? Simplemente se adelantaría el efecto solutorio. Si las partes han descartado la dación en pago es porque el grupo Menchero confía en poder pagar un precio por los Préstamos (2,4 millones) con el que Voyager se daría por satisfecho, de tal forma que el Deudor pueda conservar la propiedad de las Fincas. En el Precedente sucedía algo similar: la empresa confiaba en poder pagar los honorarios de los arquitectos: la entrega de las plazas de garaje era una solución subsidiaria para el caso de que dicho pago no fuese posible. La finalidad de la Opción no es otra que proporcionar tanto a Voyager como a Eurosesesa una solución rápida si Grupo Menchero no paga la cantidad convenida para cancelar la deuda total.

Tercero. La Doctrina y la Jurisprudencia avalan que la prohibición del pacto comisorio no es absoluta en Derecho español. El Precio de ejercicio de la Opción responde a una valoración objetiva de las Fincas. Inexistencia de desequilibrio entre las Partes del Acuerdo

Para el improbable supuesto de que este Centro Directivo no aprecie que nos encontramos ante un pacto ex intervalo, válido e inscribible, sino ante un pacto de *lex commissoria*, debemos destacar que la tradicional prohibición del pacto comisorio en el Derecho común español no es absoluta. El Tribunal Supremo viene considerando desde antiguo que la opción de compra vinculada a un préstamo o deuda es válida y plenamente eficaz, aunque el acreedor optante adquiera la cosa objeto de la opción sin desembolsar el precio de la compraventa por estar conectado a las obligaciones garantizadas, o aun cuando se convenga que el ejercicio de la opción queda sometido a la condición del impago de la deuda garantizada. En este sentido, cfr., entre otras, SSTs de 15 de diciembre de 1967, de 3 de febrero de 1988, de 13 de mayo de 1988, de 22 de diciembre de 1988 y de 10 de octubre de 1990.

La moderna doctrina defiende la validez de la opción de compra en garantía. En un reciente y extenso trabajo, Doña P. B., Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lérida, aboga por la normalización de esta figura a la luz del moderno Derecho europeo de obligaciones y contratos, en especial tras la publicación de la Directiva 2014/17/EU, sobre la que volveremos en el último motivo de este recurso. Por su parte, S. A. destaca cómo el tráfico moderno utiliza la opción de compra en función de garantía, como fórmula más simple, fácilmente ejecutable, y con un tratamiento fiscal más beneficioso.

Este Centro Directivo al que tenemos el honor de dirigimos ha admitido el derecho real de comiso previsto en los artículos 1504 CC y 59 RH (más conocido como “condición resolutoria expresa”) en su Resolución de 29 de agosto de 2019.

La DGRN, pese a haber mantenido una postura tradicionalmente más estricta en tomo a la prohibición del pacto comisorio, también ha flexibilizado en ocasiones su criterio, sobre la base de la competencia judicial para conocer de las cláusulas contractuales que podrían vulnerar la prohibición legal del acuerdo. Como ejemplos, tenemos las Resoluciones de 8 de abril de 1991 y de 23 de julio de 2005, antes citadas, y la reciente Resolución de 15 de marzo de 2021. En esta última, se analiza una escritura de reconocimiento de deuda de dos particulares en favor de la sociedad “Grupo Antolín Soluciones, S.L.”, por 67.936,20 euros, cuyo pago debía hacerse en el plazo de 5

años a contar desde la fecha de otorgamiento de la escritura. En garantía de la deuda, uno de los particulares constituyó a favor de “Grupo Antolín Soluciones, S.L.” un derecho real de hipoteca sobre una finca. En una de sus estipulaciones, la hipotecante concedía a la acreedora un derecho real de opción de compra sobre la indicada finca, que se ejercitaría “(...) en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales, sin cumplir la parte deudora su obligación de pago”. La Registradora de la Propiedad emitió calificación negativa con base en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. La Dirección General consideró lícito el pacto, al entender que este había sido acordado libremente por ambas partes y que los mecanismos para la apropiación del bien contenían las cautelas suficientes para garantizar que no se producía enriquecimiento injusto del acreedor, ni el consecuente perjuicio para el deudor.

La DGRN, en su Resolución de 28 de enero de 2020 se decanta por no considerar absoluta la prohibición del comiso con estas palabras:

“La prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si (la) valoración objetiva se ha producido.”

Esta Resolución destaca que la ratio de la prohibición consiste en:

“asegurar, en los términos ya indicados, la conmutatividad del contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevale de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución.”

Voyager no se “prevale de la necesidad de crédito del deudor”. Como ya hemos dicho, la finalidad del Acuerdo no es conceder dinero nuevo, sino fijar un mecanismo solutorio que funcione como alternativa a unas ejecuciones ya en curso, cuya continuación no conviene a ninguna de las partes. La Resolución cita la STS de 21 de febrero de 2017, que justifica la inadmisión de un pacto comisorio en la inexistencia en el caso concreto de un “procedimiento objetivable de valoración de la adquisición”. Afirma que esta Sentencia “da a entender que, de existir ese mecanismo de valoración objetiva del bien inmueble objeto de la garantía, el pacto podría haber sido admisible”.

Somos conscientes de que la escritura analizada en la Resolución de 15 de marzo de 2021 preveía un procedimiento muy sofisticado para la valoración del inmueble en el momento de ejercicio de la opción (que incluía el nombramiento de un perito del Colegio de Arquitectos). Pero es que, en nuestro caso, no cabe ninguna duda razonable de que el valor de las Fincas es muy inferior a la deuda pendiente, y que lo seguirá siendo en los próximos meses. Las Partes sí han llevado a cabo una valoración de las Fincas y del que se estima que será su valor en marzo de 2023. Ésta se refleja en los 2,4 millones que el Grupo Menchero está dispuesto a pagar por retener la propiedad de las naves logísticas. Este valor surgido de una negociación entre partes independientes hace innecesario, a nuestro juicio, un mecanismo de valoración tan elaborado como el descrito en la Resolución de 15 de marzo (...).

Como puede observarse, la valoración total de las Fincas (agrupadas en 3 complejos, distintos) es de 2.945.807 euros. Esto supone una caída de casi un 70 % respecto de los valores de subasta filados en las escrituras originales de los Préstamos y que constan en la información registral unida a la Escritura (...) Dichos tipos de subasta se basaron en tasaciones del año 2006, antes del estallido de la crisis inmobiliaria, cuyos efectos resultaron especialmente devastadores en la zona en que están situadas las Fincas, en los municipios de Seseña y Borox.

Tratándose de naves industriales, si las Ejecuciones Hipotecarias continuasen, Voyager podría adjudicarse las Fincas por un 50 % de su valor de subasta. Si analizamos los números expuestos (...) la probabilidad de obtener en pública subasta una oferta de

tercero mínimamente cercana a la deuda pendiente (o incluso al 50 % del valor de subasta) no es que sea remota: es completamente irreal.

La Resolución de 15 de marzo de 2021, en su F.J. III, señala:

“Hechas las anteriores consideraciones, no es menos cierto que, como ya admitió este Centro Directivo en las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero y 27 de octubre de 2020, deben admitirse 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 (...) Es indudable que los sistemas ordinarios de ejecución de las garantías presentan cierta ineficiencia, por el tiempo y los costes del procedimiento y por la baja calidad que con frecuencia presentan las ofertas (como acredita el hecho de que la Ley, en muchos casos, se tenga que preocupar de garantizar al deudor la obtención de un valor mínimo, llegando a conformarse con el 60 % o 70 % de esta tasación objetiva). Por ello en nuestro ordenamiento jurídico se van abriendo nuevas vías de ejecución de las garantías o realización de los bienes objeto de éstas que resulten más eficientes.”

Resulta mucho más beneficioso Para el Deudor el mecanismo solutorio acordado por las partes (una dación en pago “en diferido” si el Comprador no paga 2,4 millones en un plazo de tiempo breve), que la ejecución. Imaginemos que el Comprador incumpliese solo el último pago, en marzo de 2023: a fecha del Acuerdo, la deuda total pendiente bajo los Préstamos ascendía a 8.103.218,78 €. El Comprador efectuó un primer pago de 800.000, y habría abonado otros 800.000 el 30 de marzo de 2022. Por tanto, la Deuda pendiente en la última fecha de pago sería de 6.503.218,78 euros, importe muy superior al valor de las Fincas (más del doble). Voyager renuncia a esos 6.5 millones a cambio de unas naves logísticas que valen 2,9 (y por las que las propias sociedades del grupo Menchero no están dispuestas a pagar más de 2.4). La “foto final”, si se nos permite la expresión, es mía una sociedad que en marzo de 2021 debía más de 8.1 millones de euros habrá quedado liberada de todas sus obligaciones entregando 1.6 millones en efectivo y unos inmuebles valorados en 2,9 millones. En otras palabras, el ejercicio de la Opción implica una quita del 44.44 % de la deuda de Eurosesña. Y si Grupo Menchero no llegase a hacer el segundo pago en marzo de 2022. se habrían entregado 800.000 euros más las Fincas, con lo que la quita sería aún mayor (del 54.32 %).

Por tanto, no cabe afirmar bajo ningún punto de vista que estemos ante un enriquecimiento injusto de nuestra representada. Bien al contrario; las condiciones del Acuerdo son inmejorables para el Deudor y su grupo. Si Voyager hubiese continuado las Ejecuciones Hipotecarias, tras una subasta sin postores (como sin duda sería el caso), se hubiese adjudicado las Fincas por el 50 % de su valor de subasta. En ese caso, Eurosesña continuaría adeudando un importe de 1.617.159,64 Euros, sin contar los intereses de demora, que Voyager podría reclamarle en ejecución ordinaria.

La principal prueba de que el Acuerdo beneficia al Deudor y a su grupo es, precisamente, que lo ha firmado: si el grupo Menchero (grupo profesional del sector logístico) considerase que el Acuerdo es lesivo para sus intereses, simplemente podría haber dejado que Voyager continuase con las Ejecuciones Hipotecarias. Si no lo ha hecho es porque el resultado más que previsible de las subastas es mucho peor que el Acuerdo.

El citado F.J. III de la Resolución de 15 de marzo de 2021 continúa:

“Podría admitirse tal pacto siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto al 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 solo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión.”

Este equilibrio de prestaciones y de libertad contractual está presente en la relación entre Voyager y el Grupo Menchero, por lo que las cautelas contenidas en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil devienen innecesarias. Insistimos, si Grupo Menchero considerase que las Fincas valen más que la deuda que garantizan, podría concurrir a la subasta hipotecaria, en vez de comprar los Préstamos. No lo ha hecho, insistimos, porque es notorio que las Fincas valen mucho menos que la deuda asegurada y que el 50 % de su tipo de subasta, y que esta situación no tiene ningún viso de variar en el corto plazo. Recordemos que la primera ventana para que Voyager ejercite la Opción se abre en marzo de 2022 (esto es, dentro de apenas 3 meses), y la siguiente y última, en marzo de 2023 (dentro de solo 15 meses). No se trata de un plazo de 5 o 10 años, que permita variaciones sustanciales en el valor de las Fincas. Bien al contrario: no es más que un periodo de gracia para que Grupo Menchero pague cómodamente los 2,4 millones, en vez de abonarlos directamente con la firma del Acuerdo.

Siguiendo a B., tras la incorporación a nuestro Derecho del artículo 28.4 de la Directiva 2014/17 (sobre la que volveremos), el objetivo debe ser perseguir los supuestos en los que resulte acreditada la concurrencia de una situación de ventaja injustificada para la parte acreedora, o de vulneración del principio de autonomía de la voluntad mediante cláusulas contenidas en condiciones generales no consentidas de forma expresa por la parte deudora, y no el pacto de comiso por el mero hecho de serlo. Huelga decir que el Acuerdo ha sido negociado bilateralmente, sin que una de las partes haya impuesto a la otra una batería de condiciones generales.

La Resolución de 15 de marzo de 2021 señala:

“Por otra parte, 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, o la Ley 2/2009, de 31 de marzo, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Hipotecaria. Pero no es el caso a que se refiere el presente recurso, en el que, como se manifiesta expresamente en la escritura cualificada, las prestatarias (e hipotecante una de ellas) no la otorgan en modo alguno en calidad de consumidoras, toda vez que el dinero adeudado se destina en su totalidad al ejercicio de su actividad empresarial (en concreto, ambas son empresarios del sector de los supermercados).”

En las Ejecuciones Hipotecarias, los Juzgados de instancia y la Audiencia Provincial de Toledo han determinado taxativamente que las sociedades ejecutadas no tienen la condición de consumidores (...) Tampoco se trata de personas físicas, sino de un grupo empresarial propietario de varias naves logísticas. El equilibrio contractual debe por tanto presumirse, reputándose lícito el pacto solutorio consistente en la transmisión de las naves hipotecadas, a la luz de la doctrina y jurisprudencia en tomo al pacto ex intervalo.

Cuarto. Efecto directo vertical del artículo 28.4 de la Directiva 2014/17/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Nuevo marco del Derecho comunitario para el mercado de créditos NPL.

La Directiva 2014/17/EU propugna una importantísima flexibilización de las fórmulas lícitas para la reintegración del préstamo, incluida la transmisión de la garantía al acreedor. En concreto, el artículo 28.4 de la Directiva dispone:

“Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía basten para reembolsar el crédito.”

El plazo de transposición de la Directiva finalizó el 21 de marzo de 2016.

Hay que enfatizar que el precepto habla expresamente de la transferencia de la garantía (rectius, de los bienes gravados por la garantía). No se refiere simplemente a la

limitación de la responsabilidad del deudor al valor de los bienes hipotecados (prevista ya en el art. 140 LH).

B. Señala cómo el legislador europeo no parece tener dificultad para admitir sin reticencias que un pacto privado que estableciera la posibilidad de que la cosa ofrecida en garantía se transmitiera al acreedor para saldar la deuda sería lícito y perfectamente eficaz. Argumenta la autora:

“Consciente de la diversidad de sistemas de derechos reales de garantía en cada Estado, la Directiva no solo valida el pacto originario dispositivo que pretenda establecer la ejecución privada de las garantías inmobiliarias, sino que además establece la obligación de los Estados de no impedir que los particulares puedan proceder de este modo. armonizando en este punto el sistema crediticio comunitario para todo el territorio de la Unión Europea (...).”

“Parafraseando la dicción del artículo 2.1 de la Directiva, cabe señalar que las disposiciones que mantengan los Estados miembros en materia de prohibición del comiso quedan. desde la promulgación de la Directiva, condicionadas a su compatibilidad con lo dispuesto en el artículo 28, apartado 4. Hasta el punto de que no es aventurado sostener que se trata de un precepto de obligada transposición a los derechos nacionales.”

Esta autora razona cómo, estando permitido el pacto comisorio en el Derecho catalán y el Derecho navarro, no es sostenible que su prohibición sea materia de orden público en nuestro país, de manera que los operadores jurídicos pudieran evitar el efecto vertical directo de la Directiva. Siguiendo a B., el motivo de fondo de la disposición contenida en el artículo 28.4 de la Directiva es promocionar los pactos entre acreedores y deudores para alcanzar soluciones más eficientes que la ejecución hipotecaria. Esto contribuye, además, a la descongestión de los Juzgados, muchos de los cuales se encuentran en situación verdaderamente crítica tras la crisis sanitaria provocada por la Covid-19 (y es previsible que la situación empeore después del 30 de junio de 2022, con la avalancha de solicitudes de concurso necesario que se vislumbra una vez concluya la moratoria concursal fijada por el RDL 27/2021).

El artículo 28.4 de la Directiva impide que resulte prohibido cualquier pacto comisorio por el mero hecho de serlo. La norma interpela directamente a los sistemas civiles que contienen reglas prohibitivas como la contenida en los arts. 1859 y 1884 del Código Civil, instándoles, como mínimo, a una interpretación menos restrictiva, especialmente cuando aparece en garantías reales diferentes de las contempladas por la norma (por ejemplo, en una opción de compra como la que nos ocupa).

Es evidente que el artículo 28.4 no ha sido transpuesto en plazo al Ordenamiento positivo español, pues ello debería haber resultado en la derogación (o reforma sustancial) de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Sin embargo, este precepto forma parte de nuestro Derecho interno (artículo 93 CE), y los tribunales y entes públicos deben realizar una labor interpretativa de las normas españolas acorde con la Directiva.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce efecto directo a las Directivas, siempre que se trate de relaciones entre los particulares y el Estado (efecto directo vertical, cfr. Sentencia Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974), y siempre que exista incumplimiento del Estado por no haber transpuesto la Directiva en el plazo establecido (Sentencias Ratti, de 6 de abril de 1979 y Becker, de 19 de enero de 1982) y que la Directiva contenga disposiciones claras, precisas e incondicionales. Esta doctrina ha sido mantenida por nuestro Tribunal Supremo en numerosas Sentencias: SSTS de 22 de julio de 1993 y 18 de marzo de 1996 (Sala I), de 1 de junio de 26 de septiembre de 1990 (Sala III), 13 de junio y 13 de julio de 1991 (Sala IV).

El efecto directo vertical interviene en las relaciones entre los particulares y el Estado, lo que significa que los particulares deben poder invocar válidamente una norma

europea frente a las Administraciones Públicas españolas. Si analizamos la aplicación al caso:

1. Nuestra representada tiene la condición de particular: Voyager es una entidad constituida al amparo de la Limited Partnerships Act de 1907. Las limited partnerships son asimilables a nuestras sociedades comanditarias, como apunta C.:

“La limited partnership es una sociedad personalista en la que coexisten, al menos, un general partner con uno o varios limited partners. Su equivalente español es la sociedad en comandita en la que concurren socios colectivos que responden de forma ilimitada por las deudas sociales con socios comanditarios cuya responsabilidad queda limitada a las aportaciones realizadas. La importancia de esta forma social radica en que se trata de una de las principales figuras empleadas para organizar fondos de inversión: mientras la sociedad gestora (en nuestro caso, Amitra) se constituye como general partner, los inversores (CPPIB) pasarían a ser limited partners.”

Es indiscutible que Voyager es un sujeto de Derecho privado y, por consiguiente, un particular a los efectos de la aplicación del Derecho comunitario.

2. Los Registradores de la Propiedad tienen la condición de funcionarios públicos del Estado (artículo 274 LH), nombrados por el Ministerio de Justicia (artículo 278 LH).

Por consiguiente, se verifican las condiciones exigidas por la jurisprudencia comunitaria para que Voyager quede amparado por el efecto directo vertical del artículo 28.4 de la Directiva. La actual redacción de los arts. 1859 CC y 1884 CC no debe impedir el acceso de la Opción al Registro de la Propiedad.

Se podrá alegar en contra que el ámbito de aplicación de la Directiva se circunscribe a los créditos al consumo garantizados con hipoteca u otras garantías. En tal caso, no parece lógico concluir que nuestro Ordenamiento Jurídico deba dispensar una mayor protección a empresas propietarias de naves logísticas que a los consumidores que hipotecan su vivienda, mediante la interdicción de pactos que impliquen la transmisión de la propiedad al acreedor.

Además, nuestros argumentos se ven reforzados por la reciente aprobación de la Directiva (UE) 2021/2167, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2021, sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos (DOUE de 8 de diciembre). En su Considerando 56, reitera el mandato de la Directiva 2014/17/UE, en términos similares:

“Los Estados miembros no deben impedir que las partes de un contrato de crédito acuerden expresamente que la cesión de la garantía al prestamista es suficiente para reembolsar el crédito (...).”

De nuevo, la norma habla de la cesión de la garantía (rectius, de los bienes gravados por la garantía), y no simplemente de la limitación de la responsabilidad del deudor al valor de dichos bienes. Y esta nueva Directiva resulta de aplicación a todos los contratos de crédito, no solamente a los créditos al consumo.

El nuevo marco europeo reconoce la existencia de un mercado secundario de préstamos “NPL”. Esta nueva realidad exige soluciones alternativas a las ejecuciones judiciales, por lo que la interpretación de la potencial vulneración de la prohibición del pacto comisorio debe necesariamente evolucionar hacia fórmulas más flexibles, admitiendo su plena validez en las opciones de compra mediante la reconducción de las mismas a la fórmula del denominado pacto ex intervalo. Como señala B., la doctrina jurisprudencial que rechaza de forma apriorística cualquier pacto que contemple el comiso debe considerarse, desde la promulgación de la Directiva 2014/17, condicionada por esta obligación de resultar compatible con lo dispuesto en su artículo 28, apartado 4.

Quinto. Conclusiones.

A modo de recapitulación, a lo largo del presente recurso hemos desarrollado los siguientes motivos por los cuales la Opción de Compra debe tener acceso al Registro de la Propiedad:

a) El Acuerdo es jurídicamente equiparable al precedente de la Resolución de 13 de marzo de 2000 (en que la DGRN admitió la inscripción) ya que tiene por finalidad el pago de una deuda vencida, líquida y exigible. Tiene carácter de transacción procesal, pues la deuda está reclamada judicialmente, en unos procedimientos de ejecución muy avanzados en los que se ha desestimado la oposición del Deudor, y causa solutoria, no de garantía.

b) En tanto que elemento integrante del Acuerdo, la Opción comparte causa solutoria con éste, y no supone un pacto comisorio, sino un pacto ex intervalo, cuya validez reconocen el Tribunal Supremo y la doctrina mayoritaria.

c) Las Partes han llevado a cabo una valoración de las Fincas. Su valor es muy inferior tanto a la deuda que garantizan como al 50 % de su tipo de subasta (valor por el que Voyager podría adjudicárselos en subasta, continuando la ejecución contra Euroseña por la cantidad no cubierta). Es imposible que esta situación varíe antes de marzo de 2023, momento en que el Comprador debe realizar el último pago del precio de los Préstamos.

d) El ejercicio de la Opción de Compra supondría una quita de entre el 44,44 % y el 54,32 % de la deuda pendiente, por lo que no existe perjuicio para el Deudor, sino todo lo contrario.

e) No existen terceros con derechos inscritos sobre las Fincas cuyo consentimiento sea necesario recabar para la inscripción de la Opción de Compra.

f) El artículo 28.4 de la Directiva 2014/17/UE supone la derogación (o reforma radical) de los arts. 1859 y 1884 del Código Civil. Este artículo no se ha transpuesto al Derecho español. Voyager debe poder invocar válidamente el efecto directo vertical de la Directiva, que ampara la inscripción de la Opción en el Registro de la Propiedad.

g) Aun cuando se entienda que la Directiva 2014/17/UE solo es aplicable a los préstamos al consumo, no parece razonable dispensar mayor protección a un grupo empresarial del sector logístico que a un consumidor, máxime cuando la reciente Directiva (UE) 2021/2167, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2021, contiene un precepto casi idéntico al citado art. 28.4, y dicha Directiva es aplicable a todo tipo de créditos.»

IV

Notificada la interposición del recurso al notario de Madrid, don Francisco Calderón Álvarez, como autorizante del título calificado, presentó el siguiente escrito de alegaciones:

«La opción de compra pactada en el documento privado que por la escritura autorizada por mí, se elevaba a público, podría interpretarse que incurre, en los términos en que parece configurada, en la figura del pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, por lo que al margen de las diferentes posturas doctrinales sobre esa figura y la jurisprudencia existente sobre la misma, en el ámbito extrajudicial en que se desarrollan las funciones notarial y registral, es clave por su carácter vinculante (cfr art. 327 de la Ley Hipotecaria), la doctrina de la Dirección General de Seguridad Preventiva y Fe Pública (antes de los Registros y del Notariado), contraria –con alguna excepción concreta– a su admisión.

Por esa razón, en el momento de preparación de la escritura llamé la atención de las partes sobre las dificultades que esa doctrina podría acarrear en la inscripción del documento y, una vez confirmada por las partes su voluntad de llevar a cabo el otorgamiento de la escritura, por entender que los negocios contenidos en el documento

suscrito por ellos, no podía entenderse como una vulneración de esa proscripción legal, autoricé el documento haciendo en la propia escritura, de conformidad con lo previsto en el artículo 194.2 del Reglamento Notarial, las correspondientes advertencias legales, con el siguiente texto que transcribo literalmente de la matriz:

"Quedan hechas las reservas y advertencias legales; en particular: advierto de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública) sobre las opciones en garantía y su relación con el pacto comisorio".»

V

Mediante escrito, de fecha 27 de enero de 2022, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

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; el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el día 16 de noviembre de 2001; el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (especialmente, artículos sexto, undécimo, duodécimo y decimotercero); los artículos 16.2, apartados c) y e), de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles; 14 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 sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 12/2019, de 18 de febrero, y 16/2019, 28 de febrero; 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, 14, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 19 de mayo y 14 de julio de 2016, 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de octubre de 2020 y 15 de marzo de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de compromiso de compraventa futura de derechos de crédito y opción de compra, en la que concurren las circunstancias siguientes:

– En la escritura, de fecha 9 de marzo de 2021, intervienen las siguientes entidades: de una parte, la vendedora de los derechos de crédito de los que es titular, y, de otra, varias sociedades de un grupo –la compradora, una deudora y dos concedentes de la opción–.

– Se estipulan los siguientes pactos: suspensión temporal de las ejecuciones hipotecarias por los créditos objeto del contrato; compromiso de cesión futura de derechos de crédito por un precio de 2.400.000 euros que serán pagados 800.000 euros en el momento del otorgamiento, otros 800.000 euros antes del día 30 de marzo de 2022, y otros 800.000 euros antes del día 30 de marzo de 2023; se faculta al vendedor para la resolución anticipada del contrato para el caso de desistimiento o

incumplimiento del comprador, pudiendo optar entre el requerimiento de pago o la resolución anticipada del contrato con una indemnización de daños y perjuicios, facultándose al vendedor para retener cualquier importe recibido a cuenta del precio de la cesión.

– Se pacta a favor del vendedor –y acreedor– una opción de compra sobre las fincas hipotecadas, con carácter gratuito «únicamente en el caso de que no se verifique el pago de cualesquiera de los importes establecidos (...)», durante un plazo de 30 días hábiles desde las respectivas fechas del pago del precio; se concede un poder irrevocable a favor del vendedor para el otorgamiento de las escrituras de compraventa en representación del deudor y de los concedentes.

– Relativo al precio de opción de compra se establece lo siguiente: «El precio de adquisición de las Fincas Hipotecadas será equivalente al importe de la Deuda Pendiente bajo los Préstamos Hipotecarios del que, proporcionalmente responda cada una de las Fincas Hipotecadas respecto de las que se ejercite la Opción de Compra. Dicho precio se abonará, bien mediante compensación con cargo a la Deuda Pendiente, en caso de que el adquirente sea el Vendedor, bien mediante asunción del importe correspondiente de Deuda Pendiente por parte del adquirente y liberación del Deudor por dicho importe, en el caso de que el adquirente sea una sociedad de su grupo designada por Voyager».

El registrador deniega la inscripción tanto del compromiso de la venta de derechos como de la opción de compra por los defectos siguientes: a) la obligación de transmitir derechos de crédito, no es inscribible, y b) respecto de la opción de compra, se pacta como condición para ejercitarla que no se verifique el pago del precio de la cesión de los derechos de crédito, es decir, la opción de compra se constituye en función de garantía, de manera que ante el impago del precio pactado el acreedor deviene propietario de las fincas. Esta práctica constituye un pacto comisorio, prohibido por la Ley.

La entidad recurrente limita el recurso al segundo de los defectos señalados, esto es a la vulneración de la prohibición del pacto comisorio. No obstante, alega que el acuerdo incluye un contenido inscribible, que es un reconocimiento de deuda bajo los préstamos, de manera que el reconocimiento de deuda constituye por sí mismo un acto inscribible.

Respecto del segundo de los defectos señalados, único que recurre, alega lo siguiente: que la opción de compra reúne los requisitos básicos exigidos para su inscripción, los cuales constan todos en el acuerdo suscrito: acuerdo expreso de las partes para que se inscriba, determinación del precio para la adquisición del inmueble (los inmuebles, en este caso) si el optante ejercita la opción, y plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá ser superior a cuatro años; que el acuerdo tiene por finalidad el pago de una deuda vencida, líquida y exigible, tiene carácter de transacción procesal, pues la deuda está reclamada judicialmente en unos procedimientos de ejecución muy avanzados en los que se ha desestimado la oposición del deudor, y causa solutoria, no de garantía, tal como si se tratara de una dación en pago anticipada al incumplimiento; que la causa de la opción de compra no puede desligarse de la causa conjunta del negocio jurídico que entraña el acuerdo, de manera que dicha causa es «solventi», al modo de una dación en pago, y no de garantía, como en la hipoteca o la prenda; que la opción comparte causa solutoria con el acuerdo, y no supone un pacto comisorio, sino un pacto «ex intervalo» con función solutoria, cuya validez reconocen el Tribunal Supremo y la doctrina mayoritaria; que la naturaleza del acuerdo es eminentemente procesal, esto es de una transacción, una forma consensuada de poner fin al proceso civil; que en este supuesto, el impago no es una hipótesis sino una realidad, ya que los préstamos están impagados desde hace años y el acuerdo de ahora constituye una alternativa a la continuación de las ejecuciones hipotecarias; que el precio de ejercicio de la opción responde a una valoración objetiva de las fincas y hay inexistencia de desequilibrio entre las partes del acuerdo; que, en este caso, no es preciso un procedimiento sofisticado de valoración de los inmuebles pues el valor de las fincas es muy inferior a la deuda pendiente; que la probabilidad de obtener en pública subasta una oferta de tercero mínimamente cercana a la deuda pendiente (o incluso al 50 % del valor

de subasta) es remota; que no se está ante un enriquecimiento injusto de la acreedora, ya que el ejercicio de la opción de compra supondría una quita de la deuda pendiente, por lo que no existe perjuicio para el deudor; que es notorio que las fincas valen mucho menos que la deuda asegurada; que el acuerdo ha sido negociado bilateralmente, sin que una de las partes haya impuesto a la otra condiciones generales; que no existen terceros con derechos inscritos sobre las fincas cuyo consentimiento sea necesario recabar para la inscripción de la opción de compra; que el artículo 28.4 de la Directiva 2014/17/UE supone la derogación de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, y que, aun cuando solo sea aplicable a préstamos de consumo y no se haya transpuesto al Derecho español, se debe poder invocar válidamente el efecto directo vertical de la Directiva.

2. En cuanto al primero de los defectos señalados, y aun cuando no es objeto del recurso directamente, alega la recurrente que el acuerdo incluye un contenido inscribible, que es un reconocimiento de deuda bajo los préstamos, de manera que el reconocimiento de deuda constituye por sí mismo un acto inscribible.

Como ha señalado el registrador, la obligación de transmitir determinados derechos de crédito, contenida en el contrato privado que por el título calificado se eleva a público no es inscribible, todo ello de acuerdo con el artículo 9 del Reglamento Hipotecario que establece de forma clara lo siguiente: «No son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley».

3. Respecto de la cuestión central planteada en este recurso, relativa a la admisibilidad del derecho de opción pactado, cabe recordar que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero y 27 de octubre de 2020 y 15 de marzo de 2021, así como otras citadas en los «Vistos» de la presente) 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».

4. Hechas las anteriores consideraciones, no es menos cierto que, como ya admitió este Centro en las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero y 27 de octubre de 2020 y 15 de marzo de 2021, deben admitirse 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 tal pacto 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 [20,1,16,9 «puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que, si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla (Marcian, ad form, hypoth)»].

Por otra parte, es indudable que los sistemas ordinarios de ejecución de las garantías presentan cierta ineficiencia, por el tiempo y los costes del procedimiento y por la baja calidad que con frecuencia presentan las ofertas (como acredita el hecho de que la Ley, en muchos casos, se tenga que preocupar de garantizar al deudor la obtención de un valor mínimo, llegando a conformarse con el 60 % o el 70 % de esa tasación objetiva). Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico se van abriendo nuevas vías de ejecución de las garantías o realización de los bienes objeto de éstas que resulten más eficientes.

A la hora de valorar esas nuevas formas de realización de los bienes sobre los que se constituye la garantía, cabe citar, por ejemplo, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, admite la constitución de garantías sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho dado en garantía o mediante una pignoración del mismo en la que se conceda al beneficiario de la garantía un derecho de apropiación o de disposición del objeto de aquélla, para compensar su valor o aplicar su importe al cumplimiento de las obligaciones financieras principales. Para poder hacerlo, bastará que tanto las

valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta, en particular en cuanto a las primeras mediante el ajuste al valor actual de mercado de esos valores negociables aportados como garantías. Ello indica que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si esa valoración objetiva se ha producido. El Tribunal Supremo ha admitido en la ejecución de la prenda la aplicación de la compensación por parte de la entidad acreedora si es la depositaria del importe de que se trate, toda vez que, al referirse a valores dinerarios no hay riesgo de abuso para el deudor (cfr. Sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997 y 10 de marzo de 2004; y en un caso en que los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente -Bolsa de Nueva York-, la Sentencia de 24 de junio de 2010).

La Sentencia de 21 de febrero de 2017, respecto de un compromiso obligacional de los deudores hipotecarios otorgado a los fiadores en garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria, afirmó que son dos los presupuestos que caracterizan la aplicación de la figura del pacto comisorio: «En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor». Así, esta Sentencia centra la inadmisión del pacto comisorio objeto del recurso en la inexistencia de un «procedimiento objetivable de valoración de la adquisición» (aparte otro problema, como era la ausencia de un mecanismo de restitución de los pagos ya realizados por el deudor), lo que da a entender que, de existir ese mecanismo de valoración objetiva del bien inmueble objeto de la garantía, el pacto podría haber sido admisible.

Como ha puesto de relieve también el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en las sentencias número 12/2019, de 18 de febrero, y 16/2019, 28 de febrero, en esta línea de preocupación por que los mecanismos legales de satisfacción del acreedor respeten el carácter conmutativo de las contraprestaciones -tal como perseguía el pacto marciano- se inscriben no solo la citada regulación contenida en el Real Decreto-ley 5/2005, sino también la regulación prevista a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, pues ésta faculta el acreedor para reclamar del deudor el pago de la deuda, advirtiéndole que si no lo hace se procederá contra el bien objeto del contrato, de forma que, si el deudor procede a la devolución de la posesión del bien, el acreedor puede optar por la adjudicación directa del bien en su favor en pago de la deuda sin necesidad de venderla en pública subasta. En este caso, el riesgo de un enriquecimiento injustificado se minimiza porque «la adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no impedirá la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan, si el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor, conforme a las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el contrato, fuese inferior o superior a la deuda reclamada» -cfr. artículo 16.2, apartados c) y e).

Por otra parte, 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. Pero no es este el caso a que se refiere el presente recurso, en el que, como se manifiesta expresamente en la escritura calificada, las prestatarias (e hipotecante una de ellas) no la otorgan en modo alguno «en calidad de «consumidoras», toda vez que el dinero adeudado se destina en su totalidad al ejercicio de su actividad empresarial (en concreto, ambas son empresarias del sector de los supermercados).

5. A la vista del referido estado de la cuestión –en los ámbitos doctrinal, jurisprudencial y también legislativo–, debe afirmarse que la prohibición del pacto comisorio pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía –cualquiera que haya sido la vía seguida– se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Cosa bien distinta es que, por imperativo de la doctrina de la continuada influencia de la causa o del principio del derecho que rechaza todo tipo de enriquecimiento injustificado, las circunstancias del caso revelen que la apropiación del bien gravado por parte del acreedor comporta un inadmisibles sacrificio patrimonial para el deudor, para el propietario del bien o para los dos.

6. En el concreto supuesto, las alegaciones de los recurrentes no hacen más que reiterar que estamos ante un pacto comisorio –del escrito de recurso resulta que la deuda está reclamada judicialmente en unos procedimientos de ejecución muy avanzados en los que se ha desestimado la oposición del deudor–, y que tiene causa solutoria, no de garantía –como si se tratara de una dación en pago anticipada al incumplimiento–, si bien afirma que económicamente favorece al deudor; que el acuerdo no determina desequilibrio contractual entre las partes; que el contrato documenta una «transacción procesal»; que en la prohibición del pacto comisorio no es absoluta; que la finalidad del acuerdo es fijar un mecanismo solutorio que funcione como alternativa a unas ejecuciones; que es mucho más beneficioso para el deudor el mecanismo solutorio acordado por las partes, considerándolo como una dación en pago anticipada; que la Directiva 2014/17/EU, en su artículo 28.4 impone el intérprete español la derogación tácita de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil y que los registradores de la propiedad deben así interpretarlo y aplicarlo.

Tales consideraciones no se ajustan a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la doctrina de este Centro Directivo antes referidas. En este sentido, el notario autorizante advierte en la escritura de «la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública) sobre las opciones en garantía y su relación con el pacto comisorio»; y, en sus alegaciones al recurso, que «la opción de compra pactada en el documento privado que por la escritura autorizada por mí, se elevaba a público, podría interpretarse que incurre, en los términos en que parece configurada, en la figura del pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil (...)».

A diferencia de los supuestos de pacto marciano admitidos por este Centro Directivo, no se regula con extensión alguna un procedimiento en el que se intente dar estricto cumplimiento a lo prevenido en la citada doctrina y jurisprudencia sobre esa figura; el procedimiento de valoración del bien no es objetivo («el precio de adquisición de las Fincas Hipotecadas será equivalente al importe de la Deuda Pendiente bajo los Préstamos Hipotecarios del que, proporcionalmente responda cada una de las Fincas Hipotecadas respecto de las que se ejercite la Opción de Compra. Dicho precio se abonará, bien mediante compensación con cargo a la Deuda Pendiente, en caso de que el adquirente sea el Vendedor, bien mediante asunción del importe correspondiente de Deuda Pendiente por parte del adquirente y liberación del Deudor por dicho importe, en el caso de que el adquirente sea una sociedad de su grupo designada por Voyager»). Por tanto, no quedan suficientemente garantizados los derechos de terceros (por ejemplo, mediante el depósito notarial del sobrante). Con tal regulación no queda erradicado todo posible reproche de ilicitud o inmoralidad.

En definitiva, analizando la transcrita estipulación de la escritura objeto de calificación, se comprueba que no encaja en los esquemas conceptuales del denominado pacto marciano y no se ajusta a los parámetros antes enunciados para admitir su validez. No debe tampoco olvidarse que, en casos como en el procedimiento prevenido en la escritura cuya calificación fue analizada en la citada Resolución de 15 de marzo de 2021, es precisamente la intervención notarial, en las diversas fases del ejercicio de la opción de compra (tanto de los presupuestos de tal ejercicio, como su puesta en ejecución), la que serviría para dotarla no solo de autenticidad, sino de

adecuación a derecho, dado el deber genérico que se impone al notario de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza. La flexibilidad y rapidez que resultarían de previsiones negociales como las analizadas en dicha Resolución, y que no han sido adoptadas por las partes en el presente caso, permitirían acreditar la liquidación de la deuda y el ejercicio de la opción con las máximas garantías jurídicas, así como la realización de una justa valoración del bien en evitación de un posible enriquecimiento injusto.

Por tanto, no habiendo concretas previsiones adoptadas, tanto relativas a garantías procedimentales pactadas, como en referencia a la tasación en cuanto instrumento de adecuada valoración del bien, no se aleja el peligro de que un valor fijado en el momento de convenirse tal pacto se torne en inequitativo al tiempo en que se pretenda ejercitar la opción; lo que sin duda no mantiene el equilibrio entre las partes –conmutatividad– y genera el peligro de un posible enriquecimiento injusto. Tampoco existe previsión que tenga igualmente en cuenta los posibles derechos de terceros afectados (No se establece previsión alguna sobre el sobrante).

Por todo ello, las objeciones expresadas por el registrador deben ser confirmadas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación.

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, 10 de marzo de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.