

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

21768 *Resolución de 30 de julio de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Alcadía a inscribir una opción de compra.*

En el recurso interpuesto por doña V. S. F., abogada, en nombre y representación de la mercantil «Caret Capital Management I, SL», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Alcadía, doña Carmen Sáenz de Santa María García-Avello, a inscribir una opción de compra.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 18 de diciembre de 2023 por el notario de Palma de Mallorca, don Francisco Javier Company Rodríguez-Monte, con el número 2.855 de protocolo, ratificada por otra autorizada el día 19 de diciembre de 2023 ante el notario de Barcelona, don Jaime Calvo Francia, con el número 9.774 de protocolo, se constituyó un derecho de opción de compra, por parte de doña F. O. G. y don J. G. S. sobre la finca registral número 27.630 del Registro de la Propiedad de Alcadía en favor de la optante, «Caret Capital Management I, SL», pactándose una prima de 12.000 euros, y que transcurrido el plazo de 4 años la entidad podía adquirir la finca por precio de 168.000 euros.

En la escritura se indicaba que de este precio se descontaría el precio de la prima y se imputarían al precio a abonar por la compra «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 suscrito o bien mediante su consignación notarial»; y que tales cantidades se acreditarían a través de certificado «emitido por la vendedora en la que constarán las cantidades recibidas, fecha de recepción, los medios de pago y, de forma expresa, deberá de constar que la cantidad recibida se asigna a parte del precio de la compraventa de la finca objeto de la transmisión».

Además, se pactó la posibilidad de ejercicio unilateral por la optante, transcurrido el plazo y tras dos notificaciones por burofax a la vendedora; en este caso, el precio sería satisfecho «una vez deducidos los importes correspondientes a la prima y/o aquellas cantidades retenidas para cancelar las cargas existentes sobre la finca (...) así como cuantas cantidades reciba la parte vendedora-cedente desde la formalización de la presente opción y hasta el ejercicio de la misma».

Y constaba asimismo en la escritura la siguiente manifestación: «redactada conforme a minuta escrita presentada por ambas partes otorgantes».

II

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

«Calificado el precedente documento de fecha dieciocho de diciembre del año dos mil veintitrés, con número 2855/2023, del notario de Palma de Mallorca, don Francisco Javier Company Rodríguez-Monte, en unión de escritura de ratificación otorgada el día diecinueve de diciembre de dos mil veintitrés, ante el Notario de Barcelona, Don Jaime Calvo Francia, número 9774 de protocolo, que fue presentado telemáticamente y cuya liquidación del Impuesto fue acreditada posteriormente en virtud de otra copia del mismo en soporte papel, aportada dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, el 22 de diciembre de 2023, con el número 1704, del diario 14, y tras examinar los antecedentes del Registro, se suspende la inscripción por los siguientes defectos subsanables:

No puede realizarse la inscripción solicitada ya que a través de la concesión de un derecho de opción sobre la finca 27630 en realidad se está realizando como garantía de otra operación y podría dar lugar a un pacto comisorio, prohibido por el art. 1859 y 1884 del Código Civil.

En el presente contrato se establece un derecho de opción de compra, por parte de los señores O. G. y G. S., en favor de la optante: "Caret Capital Management I, SL", a cambio de una prima de 12.000 euros, de tal manera que, transcurrido el plazo de 4 años, la entidad puede adquirir la finca por precio de 168.000 euros. En la escritura se indica que de este precio, se descontará el precio de la prima, y se imputarán al precio "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 suscrito o bien mediante su consignación notarial" y tales cantidades se acreditarán a través de certificado "emitido por la vendedora en la que constarán las cantidades recibidas, fecha de recepción, los medios de pago y, de forma expresa, deberá de constar que la cantidad recibida se asigna a parte del precio de la compraventa de la finca objeto de la transmisión". Además se pacta la posibilidad de que la optante pueda, unilateralmente, transcurrido el plazo y tras dos notificaciones por burofax a la vendedora y en este caso, el precio será satisfecho "una vez deducidos los importes correspondientes a la prima y/o aquellas cantidades retenidas para cancelar las cargas existentes sobre la finca (...) así como cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción y hasta el ejercicio de la misma".

Según lo expuesto parece que la entidad optante estaría obligándose a adelantar a la vendedora, sin indicar cuál sea la causa, el dinero que pueda necesitar para hacer frente a sus obligaciones, sin tener delimitadas cuáles puedan ser estas ni en qué importe. Es decir, se le está concediendo a los vendedores un préstamo o crédito, en el que las condiciones del mismo se dejan fuera de la escritura, pero que, queda garantizado por la finca y que, en caso de llegar a ejercitar la opción (se supone, si el vendedor no devuelve las cantidades adelantadas por la entidad optante, que han de descontarse del precio) puede suponer la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, que pretende evitar que el acreedor pueda hacer suyo el inmueble dado como garantía.

De acuerdo con la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública de 27 de octubre de 2020 "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" También se indica "En la STS de 29 de mayo de 2014 cuando dice 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”.

3. Por tanto, conforme a la STS de 11 de abril de 2013, puede decirse que lo que se prohíbe no es la indeterminación inicial de un elemento del contrato “sino 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 (se refiere al artículo 1256 CC) 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)”.

En este supuesto, no hay determinación ni límite en cuanto a las cantidades que pueden ser pagadas por parte del optante al comprador, ni se señala la causa por la que se han de realizar tales pagos. Se autoriza al optante a que él, unilateralmente, pueda ejercitar la opción y quedarse con la finca por el precio estipulado, pero pudiendo descontar las cantidades recibidas por la vendedora, sin fijar cómo pueden acreditarse esas cantidades, ni si están limitadas al precio indicado.

Otro elemento que hace suponer un desequilibrio entre las partes contratantes en perjuicio del vendedor-concedente, es que se pacta un precio de 168.000 euros, pero del historial de la finca en el registro consta que en el año 2009 se hipotecó en garantía de un principal de 220.000 euros y se estableció como tasación para la subasta el mismo importe de la responsabilidad hipotecaria. Por tanto se pacta un precio que estaría fuera de mercado sin justificación ninguna, lo que hace suponer que pueda existir una deuda entre la concedente y la entidad optante.

En definitiva se ha instrumentado un negocio indirecto de opción de compra con una finalidad de garantía extraña a la causa del contrato de opción y que resulta contraria a la prohibición del pacto comisorio, ya que bajo la apariencia de un contrato de opción de compra se esconde un comiso que permite a la sociedad optante o acreedora hacerse dueña de la finca ofrecida en garantía, sin los requisitos y cautelas de la ejecución procesal.

Y en virtud de lo establecido en la cláusula séptima del título que motiva la presente, se ha practicado sobre la finca registral 27.630 de Alcúdia, Código Registral Único (CRU): 07043000258890, anotación preventiva por defecto subsanable, a favor de la Entidad “Caret Capital Management I, SL”, al tomo 4282, libro 781 de Alcúdia, folio 173, anotación letra B, a cuyo margen he extendido nota de afección fiscal por plazo de cinco años.

El asiento practicado queda bajo la salvaguardia de los Tribunales y se presume exacto e íntegro (arts. 1, 17, 32, 34, 38, 41 y 97 de la Ley Hipotecaria).

Comprobada la autenticidad del modelo del Impuesto y de la presentación de la Plusvalía, mediante su/s correspondiente/s CSV.

El estado de cargas de la finca resulta de la nota simple informativa que se adjunta, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19.bis, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria.

Los datos consignados en la presente nota informativa se refieren al día de hoy.

Esta nota de calificación negativa, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el párrafo precedente.

Esta calificación negativa podrá (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Carmen Sáenz de Santa María García-Avello registrador/a de Registro Propiedad de Alcudia a día dos de abril del dos mil veinticuatro.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña V. S. F., abogada, en nombre y representación de la mercantil «Caret Capital Management I, SL», interpuso recurso el día 27 de mayo de 2024 mediante escrito del siguiente tenor:

«Que en fecha 10 de abril de 2024 me ha sido notificada, suspensión de la inscripción por existencia de defecto subsanable siendo el mismo:

– “Aparente” instrumentalización de negocio jurídico –opción de compra– para amparar otro dando lugar a posible pacto comisorio.

Que mostrando desacuerdo con el defecto aducido por la Registradora para suspender la inscripción interesada y dado que, de lo manifestado por la misma desnaturaliza el objeto del negocio jurídico llevado a cabo, dentro del plazo legal se interpone recurso contra la suspensión de la inscripción de fecha 2 de abril de 2024, notificado a esta parte en fecha 10 de abril del corriente, y dictado en el n.º de entrada 2455/2024, en base a los siguientes:

Hechos.

Primero.–Que en fecha 18 de diciembre de 2023 se otorgó ante el Notario de Palma de Mallorca, don Francisco Javier Company Rodríguez-Monte escritura de constitución de opción de compra bajo el n.º 2855 de su protocolo.

En las mismas eran partes intervinientes como parte concedente/vendedora:

- Doña F. O. G.
- Don José J. G. S. Como parte optante/compradora:
- Caret Capital Management I, SL (...).

Se suspende la inscripción de la escritura referida, como ya hemos indicado, por parte del Registro de la Propiedad de Alcudia al apreciar la Registradora que la escritura de opción de compra pudiera amparar un negocio jurídico distinto (...).

Mediante la escritura de opción de compra se acordó el pago de una prima de 12.000 euros siendo dicha suma superior a la cantidad mínima que viene estableciendo la normativa tributaria, esto es, un 5 % sobre la base del valor mayor entre Valor de Referencia, valor de mercado o precio pactado por las partes.

Dicha prima obvio es que dicha suma será detrída del precio final pactado por la compraventa, no siendo la misma en modo alguno una suma entregada en “préstamo” o que pueda amparar otro tipo de negocio jurídico.

La misma, si es que se desea forzar los términos del acuerdo, pudiera asemejarse a unas “arras” de un contrato de compraventa futuro pero no por ello se desnaturaliza el negocio jurídico en sí, una opción de compra, ya que no se alteran los elementos esenciales del mismo como es establecer el marco y las condiciones futuras de una compraventa debiéndose de ejercitar la misma en otro instrumento público.

No puede coincidir esta parte con lo aducido por la Registradora en la resolución notificada cuando afirma que “a través de la concesión de un derecho de opción sobre la finca (...) en realidad se está realizando como garantía de otra operación” y menos aun cuando, relativo al momento en el que el optante pueda ejercitar la opción de compra, hace referencia a que la ejercerá “se supone, si el vendedor no devuelve las cantidades adelantadas por la entidad optante, que han de descontarse del precio”.

Nada más lejos, al contrario y tal y como es de ver en la propia escritura, es la parte optante la que perdería la cantidad entregada en concepto de prima en caso de desistir de ejercitar la opción de compra y en caso de ejercerla, obviamente, se descontarían las cantidades abonadas al concedente siendo la misma el importe de la prima abonado.

La formulación contenida en la escritura es, precisamente, para no dejar al arbitrio de una de las partes –la parte concedente– el precio final a pagar por la parte optante para el caso de ejercitar la opción de compra ya que, de no hacerse, la parte concedente

vería libre la vía para concertar préstamos o gravar el inmueble hasta el punto de que, como es obvio, la parte optante ya no desearía ejercitar su derecho de opción de compra, dado el estado de cargas sobre el inmueble, y se vería obligada por la conducta de la concedente a perder el dinero abonado en concepto de prima.

Lejos de suponer una situación de abuso para el concedente es para evitar una situación de abuso por parte del mismo respecto a la parte optante y que se pueda llevar a cabo una indeterminación en el precio final a abonar por la optante –sobre todo por las cargas que puedan pesar sobre el inmueble– por la conducta que pudiera mostrar la parte concedente.

Tampoco subyace negocio jurídico anterior o ulterior al objeto de la presente y mucho menos que el mismo sea un préstamo al que parece aducir la Registradora lo cual esta parte no puede coincidir con los elementos a los que hace referencia ya que los mismos son ajenos a la escritura cuya inscripción se pretende.

Consta además de lo expuesto como el clausulado de la escritura ha sido previamente consensuado por las partes y como la parte concedente/vendedora refiere expresamente en la Manifestación II: “ (...) 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 (...)”.

Consta debido a ello como la parte concedente manifiesta que no tiene necesidad económica como para otorgar el presente negocio jurídico por lo que difícilmente se puede argüir la co-existencia de un negocio jurídico consiente en un “préstamo”.

Tal y como consta de las alegaciones efectuadas así como del propio contenido de la escritura de opción de compra puede observarse como en modo alguno pudiera entenderse que subyace negocio jurídico distinto del contenido en la referida escritura.

No pueden acogerse por esta parte, tal y como ya hemos dicho, elementos referidos por la Registradora como que pudiera ser una especie de préstamo sin cantidad fijada ¿? así como que aparentemente ya existe una deuda entre la concedente y la optante ya que el precio de compraventa fijado es inferior a un préstamo hipotecario suscrito por la propiedad en el 2009 (hace 15 años) y del que la Registradora no puede aludir más que el capital garantizado era mayor al ahora establecido como precio de compraventa, sin saber si dicho préstamo con un capital de 220.000 euros era únicamente para sufragar el precio de compra de la finca 27630 o bien obedecía a otra causa o si bien el mismo grababa únicamente la finca n.º 27630 o bien se establecieron distintas garantías para el mismo, siendo una de ellas la inscrita en la finca objeto de la presente inscripción.

Por todo lo expuesto entiende esta parte que debe de llevarse a cabo la inscripción del negocio jurídico llevado a cabo puesto que no cabe modificar los términos acordados en el mismo ya que supondría cambiar completamente los términos del negocio jurídico además de que supondría una auténtica limitación a la autonomía de voluntad de las partes previsto y regulado en el art. 1.255 CC.

A los anteriores hechos, le son de aplicación los siguientes

Fundamentos de Derecho.

Artículo 1. 255 del Código Civil.

Resolución de 12 de diciembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Pozuelo de Alarcón n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de opción de compra.

Por todo lo expuesto,

Solicito, que se revoque la calificación recurrida y se acuerde que lo procedente es inscribir la escritura de opción de compra llevada a cabo en fecha 18 de diciembre

de 2023 ante el Notario de Palma de Mallorca, don Francisco Javier Company Rodríguez Monte, bajo el n.º 2855 de su protocolo.»

IV

Mediante escrito, de fecha 11 de junio de 2024, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente al Centro Directivo. Notificada la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no ha efectuado alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 10, 1115, 1256, 1273, 1449, 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, 25 de febrero y 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 13 de febrero y 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, 12 de enero de 2017, 26 de diciembre de 2018, 14 de mayo de 2019 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, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 11 de abril y 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 de junio y 22 de julio de 2024.

1. Son hechos relevantes para la resolución del recurso los siguientes:

Mediante escritura autorizada el día 18 de diciembre de 2023 por el notario de Palma de Mallorca, don Francisco Javier Company Rodríguez-Monte (número 2.855 de protocolo), ratificada por otra autorizada el día 19 de diciembre de 2023, ante el notario de Barcelona, don Jaime Calvo Francia (número 9.774 de protocolo), se constituyó un derecho de opción de compra, por parte de doña F. O. G. y don J. G. S., sobre la finca registral 27.630 en favor de la optante, «Caret Capital Management I, SL», pactándose una prima de 12.000 euros, y que transcurrido el plazo de 4 años la entidad podía adquirir la finca por precio de 168.000 euros.

En la escritura se indica que de este precio, se descontará el precio de la prima, y se imputarán al precio a abonar por la compra «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 suscrito o bien mediante su consignación notarial»; y que tales cantidades se acreditarán a través de certificado «emitido por la vendedora en la que constarán las cantidades recibidas, fecha de recepción, los medios de pago y, de forma expresa, deberá de constar que la cantidad recibida se asigna a parte del precio de la compraventa de la finca objeto de la transmisión».

Además, se pactó la posibilidad de ejercicio unilateral por la optante, transcurrido el plazo y tras dos notificaciones por burofax a la vendedora; en este caso, el precio sería satisfecho «una vez deducidos los importes correspondientes a la prima y/o aquellas cantidades retenidas para cancelar las cargas existentes sobre la finca (...) así como

cuantas cantidades reciba la parte vendedora-cedente desde la formalización de la presente opción y hasta el ejercicio de la misma».

Se suspende la inscripción con base en estos argumentos:

– Del título se deduce que la entidad optante estaría obligándose a adelantar a la vendedora, sin indicar cuál sea la causa, el dinero que pueda necesitar para hacer frente a sus obligaciones, sin tener delimitadas cuáles puedan ser estas ni en qué importe. Es decir, se está concediendo a los vendedores un préstamo o crédito, en el que las condiciones del mismo se dejan fuera de la escritura, pero que queda garantizado por la finca y que, en caso de llegar a ejercitar la opción (se supone, si el vendedor no devuelve las cantidades adelantadas por la entidad optante, que han de descontarse del precio) puede suponer la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, que pretende evitar que el acreedor pueda hacer suyo el inmueble dado como garantía.

– Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013, lo que se prohíbe no es la indeterminación inicial de un elemento del contrato «sino 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 (se refiere al artículo 1256 CC) 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 el presente caso no hay determinación ni límite en cuanto a las cantidades que pueden ser pagadas por parte del optante al comprador, ni se señala la causa por la que se han de realizar tales pagos; y se autoriza al optante a que él, unilateralmente, pueda ejercitar la opción y quedarse con la finca por el precio estipulado, pero pudiendo descontar las cantidades recibidas por la vendedora, sin fijar cómo pueden acreditarse esas cantidades, ni si están limitadas al precio indicado.

– Otro elemento que hace suponer un desequilibrio entre las partes contratantes en perjuicio del vendedor-concedente, es que se pacta un precio de 168.000 euros, pero del historial de la finca en el registro consta que en el año 2009 se hipotecó en garantía de un principal de 220.000 euros y se estableció como tasación para la subasta el mismo importe de la responsabilidad hipotecaria (se pacta un precio que estaría fuera de mercado sin justificación ninguna, lo que hace suponer que pueda existir una deuda entre la concedente y la entidad optante). En definitiva, se ha instrumentado un negocio indirecto de opción de compra con una finalidad de garantía extraña a la causa del contrato de opción y que resulta contraria a la prohibición del pacto comisorio, ya que bajo la apariencia de un contrato de opción de compra se esconde un comiso que permite a la sociedad optante o acreedora hacerse dueña de la finca ofrecida en garantía, sin los requisitos y cautelas de la ejecución procesal.

Se recurre la calificación alegándose, en síntesis:

– Mediante la escritura de opción de compra se acordó el pago de una prima de 12.000 euros siendo dicha suma superior a la cantidad mínima que viene estableciendo la normativa tributaria, esto es, un 5 % sobre la base del valor mayor entre valor de referencia, valor de mercado o precio pactado por las partes; suma que será deducida del precio final pactado por la compraventa, no siendo la misma en modo alguno una suma entregada en «préstamo» o que pueda amparar otro tipo de negocio jurídico. Si se desea forzar los términos del acuerdo, pudiera asemejarse a unas «arras» de un contrato de compraventa futuro, pero no por ello se desnaturaliza el negocio jurídico en sí, una opción de compra, ya que no se alteran los elementos esenciales del mismo como es establecer el marco y las condiciones futuras de una compraventa debiéndose de ejercitar la misma en otro instrumento público.

– Se rechaza la afirmación de la nota cuando indica que «a través de la concesión de un derecho de opción sobre la finca 27630 en realidad se está realizando como garantía de otra operación»; y menos aun cuando, relativo al momento en el que el optante pueda ejercitar la opción de compra, hace referencia a que la ejercerá «se

supone, si el vendedor no devuelve las cantidades adelantadas por la entidad optante, que han de descontarse del precio». Y se rechaza porque tal y como es de ver en la propia escritura, es la parte optante la que perdería la cantidad entregada en concepto de prima en caso de desistir de ejercitar la opción de compra; y en caso de ejercitarla, obviamente se descontarían las cantidades abonadas al concedente, siendo la misma el importe de la prima abonado.

– La formulación contenida en la escritura es, precisamente, para no dejar al arbitrio de una de las partes –la parte concedente– el precio final a pagar por la parte optante para el caso de ejercitar la opción de compra ya que, de no hacerse, la parte concedente vería libre la vía para concertar préstamos o gravar el inmueble hasta el punto de que, como es obvio, la parte optante ya no desearía ejercitar su derecho de opción de compra, dado el estado de cargas sobre el inmueble, y se vería obligada por la conducta de la concedente a perder el dinero abonado en concepto de prima. Y lejos de suponer una situación de abuso para el concedente, es para evitar una situación de abuso por parte del mismo respecto a la parte optante y que se pueda llevar a cabo una indeterminación en el precio final a abonar por la optante –sobre todo por las cargas que puedan pesar sobre el inmueble– por la conducta que pudiera mostrar la parte concedente.

– Tampoco subyace negocio jurídico anterior o ulterior al objeto de la presente y mucho menos que el mismo sea un préstamo, con los elementos a los que hace referencia, ya que los mismos son ajenos a la escritura cuya inscripción se pretende. Y cabe traer a colación las afirmaciones de la concedente en el sentido de que el clausulado de la escritura ha sido previamente consensuado por las partes; que la vendedora no depende en absoluto, ni mantiene relación de confianza, con respecto al optante, ni se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica o necesidad imperiosa de vender la finca.

– Que la parte concedente manifiesta que no tiene necesidad económica como para otorgar el presente negocio jurídico por lo que difícilmente se puede argüir la coexistencia de un negocio jurídico consiente en un «préstamo»; por ello en modo alguno pudiera entenderse que subyace negocio jurídico distinto del contenido en la referida escritura. Por ello entiende la recurrente que debe llevarse a cabo la inscripción del negocio jurídico formalizado puesto que no cabe modificar los términos acordados en el mismo ya que supondría cambiar completamente los términos del negocio jurídico además de que supondría una auténtica limitación a la autonomía de voluntad de las partes previsto y regulado en el artículo 1.255 del Código Civil.

2. Así las cosas, la reseña de los antecedentes nos lleva una vez más a examinar la problemática de la opción de compra y su posible función de garantía. En relación con ello, recordemos que 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, y en particular en las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 de junio y 22 de julio de 2024, entre otras) 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), entendiéndose 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 distrahendi", 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 distrahendi", en que está prevista la suerte de los mismos».

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2017 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».

En línea con esta posición jurisprudencial hay que situar la reciente doctrina de esta Dirección General (así, en sus Resoluciones de 21 de julio de 2021, 10 de marzo de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 de junio y 22 de julio de 2024) según la cual, la prohibición del pacto comisorio no es absoluta en nuestro derecho, de modo que 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. Así lo ha reiterado este Centro Directivo en numerosas ocasiones (vid., por todas, la Resolución de 13 de julio de 2022).

También ha declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022, entre otras citadas), que deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, y 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.

3. Dicho lo cual, la objeción a la inscripción del documento calificado, sin duda, gira en torno a esta afirmación que se contiene en la nota recurrida: «(...) se le está concediendo a los vendedores un préstamo o crédito, en el que las condiciones del mismo se dejan fuera de la escritura, pero que, queda garantizado por la finca y que, en caso de llegar a ejercitar la opción (se supone, si el vendedor no devuelve las cantidades adelantadas por la entidad optante, que han de descontarse del precio) puede suponer la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, que pretende evitar que el acreedor pueda hacer suyo el inmueble dado como garantía (...)».

Y sin duda alguna procede tener muy presentes las consideraciones que este Centro Directivo va reiterando en las diversas resoluciones que abordan la problemática – recurrente por lo demás– de posibles opciones de compra pactadas con función de garantía de una operación de financiación y que encubran un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento.

Además, habrá que contemplar cada caso concreto, lo que impone analizar detenidamente el global clausulado de cada instrumento público y las declaraciones que en él hayan vertidos las partes, pues, no en vano, el párrafo segundo del artículo 1218 del Código Civil fija una regla a la hora de valorar la eficacia probatoria de los documentos públicos: «También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros».

Y en este sentido, ha de repararse en el siguiente contenido de la escritura pública calificada: «(...) Antes de dar continuidad a la lectura de la presente escritura 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. 3.–Que el contenido de la presente escritura ha sido ampliamente tratado con la parte compradora y que es conocedora de los pormenores de esta, habiendo tratado cada punto de forma preliminar, dando lugar al redactado de forma absolutamente consensuada (...)».

4. Declaraciones de las partes, por tanto, a tener en cuenta, si bien para nada ha de obviarse, en modo alguno, la regla interpretativa que proclama el artículo 1281.2 del código Civil («si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas»), pues no es menos cierto, como indica la registradora en su nota y respecto del negocio jurídico calificado, que «la entidad optante estaría obligándose a adelantar a la vendedora, sin indicar cuál sea la causa, el dinero que pueda necesitar para hacer frente a sus obligaciones, sin tener delimitadas cuáles puedan ser estas ni en qué importe. Es decir, se le está concediendo a los vendedores un préstamo o crédito, en el que las condiciones del mismo se dejan fuera de la escritura, pero que, queda garantizado por la finca y que, en caso de llegar a ejercitar la opción (se supone, si el vendedor no devuelve las cantidades adelantadas por la entidad optante, que han de descontarse del precio) puede suponer la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, que pretende evitar que el acreedor pueda hacer suyo el inmueble dado como garantía».

Y este punto es el que sin duda ofrece la clave del asunto y pone en sus justos términos, a la vista del global contenido del negocio jurídico celebrado, las declaraciones de las partes consignadas en la escritura (antes reseñadas). Y más aún a la vista del sentido de algunas afirmaciones del recurrente en su escrito, tales como que «la formulación contenida en la escritura es, precisamente, para no dejar al arbitrio de una de las partes –la parte concedente– el precio final a pagar por la parte optante para el caso de ejercitar la opción de compra ya que, de no hacerse, la parte concedente vería libre la vía para concertar préstamos o gravar el inmueble hasta el punto de que, como es obvio, la parte optante ya no desearía ejercitar su derecho de opción de compra, dado el estado de cargas sobre el inmueble, y se vería obligada por la conducta de la concedente a perder el dinero abonado en concepto de prima. Y lejos de suponer una situación de abuso para el concedente, es para evitar una situación de abuso por parte del mismo respecto a la parte optante y que se pueda llevar a cabo una indeterminación en el precio final a abonar por la optante –sobre todo por las cargas que puedan pesar sobre el inmueble– por la conducta que pudiera mostrar la parte concedente».

Y ello por una razón bien simple y que no es otra que la derivada del juego de la prioridad registral caso de ejercicio de una opción real, cuya operativa no casa para nada con la declaración anterior. Y es que, una vez inscrito, el derecho de opción queda sometido a los principios generales que rigen nuestro sistema hipotecario; y cuando ese derecho de adquisición preferente se ejercita y su titular se convierte en propietario de la finca objeto del mismo, lo que conlleva es la cancelación de los derechos posteriores tal como prevé el artículo 79.2.º de la Ley Hipotecaria, de modo que la cancelación de los embargos o cargas inscritos con posterioridad a la opción y antes de su ejercicio es sólo una inevitable consecuencia de la extinción del ejercicio de la opción, si bien para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas posteriores (artículo 175.6.ª Reglamento Hipotecario).

Por esa razón no tiene sentido aludir a que el optante necesita ponerse cubierto de actuaciones posteriores del concedente, pues si aquel ejercita la opción se opera la resolución y tan solo ha de consignar en los términos expuestos; por ello lo que en realidad viene a ocurrir en el supuesto analizado es que lo que ante todo prima es la recuperación de cantidades que el optante haya podido anticipar al concedente de la opción o a terceros (cantidades que no están ni cuantificadas ni tan siquiera mínimamente delimitadas). Lo cual refuerza la afirmación de la registradora en el sentido de que se está concediendo a los vendedores un préstamo o crédito, en el que las condiciones del mismo se dejan fuera de la escritura, pero que, queda garantizado por la finca y que, en caso de llegar a ejercitar la opción (se supone, si el vendedor no devuelve las cantidades adelantadas por la entidad optante, que han de descontarse del precio) puede suponer la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, que pretende evitar que el acreedor pueda hacer suyo el inmueble dado como garantía.

Y es que se quiera o no, lo que viene a suponer una opción como la concedida es una traba del bien en función de garantía. Como igualmente es una traba en función de garantía una hipoteca, si bien su mecanismo de ejecución está revestido de unas garantías en beneficio del deudor que, en casos como el presente y por la propia dinámica y operativa de la opción (ponemos el acento en su ejercicio) brillan por su ausencia.

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

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, 30 de julio de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.