

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

4021 *Resolución de 12 de febrero de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Barcelona n.º 7 a inscribir un derecho de opción de compra.*

En el recurso interpuesto por doña J. C. P., en nombre y representación de la mercantil «Marlot, SL», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Barcelona número 7, doña María Álvarez García-Rovés, a inscribir un derecho de opción de compra.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 12 de septiembre de 2022 por el notario de Barcelona, don Sergi González Delgado, con el número 3.440 de protocolo, y subsanada por otra autorizada por el mismo notario el día 27 de febrero de 2024, con el número 753 de protocolo, doña S. S. J. concedió a la mercantil «Marlot, SL» un derecho de opción de compra sobre la que manifestaba ser su vivienda familiar, finca registral número 35.510 del Registro de la Propiedad de Barcelona número 7.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Barcelona número 7, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos:

De conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, se ha procedido a la calificación de la escritura de fecha 12 de septiembre de 2022, autorizada por el notario de Barcelona, don Sergi González Delgado, con el número 3440 de protocolo, cuya primera copia fue presentada en este Registro, junto con escritura subsanatoria autorizada por el mismo notario de Barcelona, señor González Delgado, el 27 de febrero de 2024, número 753 de protocolo, a las nueve horas del día 25 de julio de 2024, con el asiento 746 del Diario 2024.

Dicha escritura fue objeto de calificación y anotación de suspensión por defecto subsanable en este Registro, con fecha 06 de septiembre de 2024, y es objeto de nueva calificación mediante la presente, habiéndose aportado el día 27 de septiembre de 2024 escritura de carta de pago autorizada por el repetido notario de Barcelona, señor González Delgado, el mismo día 12 de septiembre de 2022, bajo el número 3442 de protocolo.

Dicha calificación, que conforme a lo previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria se ha extendido a la legalidad de las formas extrínsecas, capacidad de los otorgantes, y validez de los actos dispositivos contenidos en el título calificado, es desfavorable a la práctica de las operaciones registrales interesadas, por los siguientes, hechos y fundamentos de Derecho:

1.º En la citada escritura protocolo 3440, la señora S. S. J. concede a la mercantil Marlot, SL, un derecho real de opción de compra sobre la que manifiesta ser su vivienda

familiar, situada en la calle (...) que es la finca con CRU 08060000454670 radicante en la demarcación de este Registro.

2.º La referida finca se halla actualmente gravada con una hipoteca favor de Caja de Pensiones Para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares, en garantía de las obligaciones resultantes de un contrato de préstamo, de veintisiete mil cuarenta y cinco euros y cincuenta y cuatro céntimos de euro de capital, más responsabilidades por intereses y costas, según su inscripción 4.ª, de fecha 16 de noviembre de 1984; constando nota a su margen de fecha 12 de agosto de 1993, de haberse expedido certificación de dominio y cargas prevenida en la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, todo ello al Folio 90 del Tomo y Libro 477; y consta vigente asimismo la citada anotación de suspensión por defecto subsanable practicada en fecha 06 de septiembre de 2024.

3.º El plazo para la opción se pacta en veinticuatro (24) meses, a contar desde el día del otorgamiento; no pudiendo ejercitarse durante los primeros 18 meses. Respecto de este extremo, consta presentada en este Registro, bajo el asiento 740 del Diario 2024, escritura de prórroga de plazo para el ejercicio de la opción de compra, otorgada por las mismas partes cedente y optante ante el notario de Barcelona, don Jaime Calvo Francia, el 24 de julio de 2024, número 6930 de protocolo, por la que se amplía dicho plazo y se prorroga el mismo hasta el día 21 de octubre de 2024.

4.º La prima de la opción se fija en cincuenta mil euros (50.000 €). Dicha cantidad es entregada con posterioridad al acto, a la sociedad Firaucó S.L., mediante una transferencia bancaria, cuyo justificante consta unido al título calificado, en el que figura como fecha de la operación, el 14 de septiembre de 2022, y como beneficiario la sociedad "Sara Sala Firaucó, SL", y ello a cuenta de "saldar y liquidar" (sic) otra opción de compra de la que dicha sociedad era titular sobre la misma finca, constituida por la misma concedente, por una prima de 15.000 €, y a cuya cancelación se procede en escritura otorgada el mismo día que la objeto de la presente calificación y con número de protocolo inmediatamente anterior, esto es 3439. Dicha escritura de cancelación de opción de compra tuvo acceso al Registro según la inscripción 9.ª de la citada finca con CRU 08060000454670, hallándose hoy totalmente cancelada la inscripción de opción de compra a favor de Firaucó, SL, sobre la finca objeto de negocio.

5.º Se fija el precio de la compraventa futura en la suma de seiscientos ochenta mil euros (680.000€); pactándose que de dicho precio se deducirán, además del precio pagado por la prima de la opción, esto es, los 50.000 euros entregados a la sociedad Firaucó SL, y de otras posibles cantidades retenidas por la compradora, correspondientes a importes adeudados pendientes de la vendedora, "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 descrita finca, bien reteniendo el importe necesario para satisfacer los remanentes de los préstamos hipotecarios y demás cargas que pudieren haber suscritos o bien mediante su consignación notarial". Y se prevé en relación a dichas posibles cantidades entregadas por la optante a la cedente, a efectos de su justificación en el ejercicio de la opción, "la aportación de certificado original emitido por la vendedora o cedente", en el cual deberán constar las cantidades recibidas, la fecha de la recepción de las mismas, los medios de pago, además y de forma expresa deberá constar que la cantidad recibida se asigna a parte del precio de la compraventa.

6.º Se contiene además en la escritura que para el caso de subrogarse el optante en los préstamos de que deba responder la finca, en defecto de certificado de los acreedores del saldo pendiente, "la imposibilidad de aportar el/los certificado de saldo pendiente se suplirá mediante un cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento, quedando el comprador obligado a asumir las posibles diferencias que a favor del vendedor pudieran producirse, pudiendo reclamar la cedente/vendedora la diferencia a su favor. En ningún caso se entenderá que la no aportación de los certificados de saldo dará lugar a una cláusula suspensiva".

7.º Las partes pactan la posibilidad del ejercicio unilateral de la opción, y para este supuesto, se prevé igualmente la imputación de dichas posibles cantidades recibidas por la cedente “mediante cheque y/o cheques bancarios, o por cualesquier otro medio de pago debidamente acreditado, o su posterior depósito notarial mediante ingreso en la cuenta de consignación”, obviándose en esta parte la obligación de aportar certificado emitido por la vendedora.

8.º En la escritura se dice igualmente que la venta se realizará libre de cargas.

10.º [sic] También figura presentada en este registro, una escritura otorgada el mismo día, ante el mismo notario, con número de protocolo posterior -3442-, doña S. S. J., la cedente, reconoce recibir de la optante, Marlot, SL, las siguientes cantidades, a cuenta del precio de la compraventa en ejercicio de la opción, que la propia Marlot, SL, se ha comprometido a no ejercitar hasta año y medio después, firmando la cedente la más eficaz carta de pago de las mismas:

– La cantidad de 50.000 euros, configurada como prima de la opción y recibida por la mercantil Firauco, S.L.

– Y la cantidad de trescientos cincuenta mil euros (350.000€), satisfecha con posterioridad al acto, mediante las siguientes transferencias bancarias, a favor de las siguientes personas, de las que se incorpora justificante al título calificado: a) trescientos mil euros 300.000€, que se abonan a la propia Firauco, SL, en concepto de pago y liquidación de la citada opción de compra a su favor que en su día gravaba la finca; b) La cantidad de diecisiete mil trescientos euros 17.300€, que son entregados a una sociedad denominada Celeste Silver, SL, en concepto de intermediación en la consecución de la opción de compra; c) Veintitrés mil cuatrocientos euros (23.400€), a otra sociedad, Artic Glow, SL, también en concepto de intermediación en la consecución de la opción; y d) Nueve mil trescientos euros (9.300€) a otra sociedad llamada Arketipo Gestión, SL, por la tramitación de la opción de compra y carta de pago.

Todas estas personas no intervienen en el [sic] escritura de opción de compra.

11.º En consecuencia, reconocen las partes que la cantidad pendiente de recibir por la parte vendedora en la compraventa futura asciende a doscientos ochenta mil euros (280.000 €), reiterando que en caso de existir cargas en la finca en el momento del ejercicio, las cantidades para hacer efectivo su pago serán retenidas por la compradora.

12.º A juicio de la registradora que suscribe no puede accederse a la inscripción solicitada por existir indicios razonables de que se trata de una opción concedida en garantía que vulnera la prohibición de pacto sucesorio que impera en nuestro ordenamiento jurídico.

Fundamentos de Derecho:

De conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento Hipotecario no se accede a la inscripción solicitada en base a los siguientes fundamentos jurídicos:

Existen indicios más que razonables de que la escritura, tal y como está redactada, configura un derecho de opción en garantía que contraviene la prohibición de pacto sucesorio.

En primer lugar, porque se establece un plazo para el ejercicio de la opción de 24 meses, pero ésta no podrá ejercitarse hasta transcurridos 18 meses mientras que, en escritura complementaria otorgada el mismo día, ante el mismo notario, se anticipa por el optante (a mi juicio, presunto financiador) al cedente, una cantidad a cuenta del futuro ejercicio de la opción, lo cual carece de toda lógica, pues se ha pactado que la misma no podrá ejercitarse hasta año y medio después. Y es que, si hay cantidades entregadas por el optante antes de haber ejercitado la opción de compra, a mi juicio, ésta no es un derecho de adquisición preferente, sino que es probable, que tenga una función de garantía de naturaleza real, y por tanto, derive en un derecho real de garantía inmobiliaria. No se explica, además de de [sic] esas cantidades supuestamente

anticipadas a la concedente en concepto de anticipo de la opción de compra se paguen a varias sociedades que nada tienen que ver con la operación planteada.

En segundo lugar, porque se prevé que al ejercitar la opción el optante podrá descontar del precio de venta las cantidades pendientes de hipotecas u otras deudas, más allá de las que responda la finca, incluso (subsidiariamente) mediante un cálculo aproximado realizado por el optante, hasta el punto de que el optante puede reclamar el saldo a su favor. Se realiza una enumeración de deudas de distinta naturaleza que pueden deducirse del precio de compra, lo cual revela, como venimos apuntando, que la opción sirve de cobertura para que el optante financie al concedente y adquiera la finca sin pasar por un procedimiento ejecutivo pudiendo incluso reclamarle cantidades de modo que no habrá pago alguno al ejercitarse la opción.

Se contempla en la escritura de forma expresa que “en ningún caso se entenderá que la no aportación de los certificados de saldo dará lugar a una cláusula suspensiva, quedando completado el pago del precio de la presente opción de compra y dando perfectamente legitimado el vendedor a reclamar al comprador cuantas cantidades considere oportunas por este concepto.” Por tanto, puede darse el caso, de que acreedor mediante un “cálculo aproximado” ejerza la opción y detraiga unilateralmente del precio de compra los importes que considere convenientes, lo que hace suponer que lo deducido lo es por las cantidades anticipadas al cedente o por las deudas que este tenía frente a terceros hasta el punto de que no se pague al concedente al ejercitar la opción importe alguno, o aun peor, se le reclame el saldo pendiente en favor del optante.

Por último, se prevé la posibilidad en última instancia de que, si el vendedor no acepta el burofax requiriéndole para que acuda a la notaría a firmar la venta, pueda ejercitarla unilateralmente deduciendo los importes que considere convenientes y adquiriendo libre de cargas, por lo que podría darse el caso, que no hubiera pago efectivo ninguno.

La RDGSJFP de 18 de julio de 2022, entiende que el pacto que regula la forma de notificación a la parte concedente de la opción constituye una cláusula esencial del contrato y, por tanto, mientras no sea subsanado no es posible la inscripción parcial. Con carácter general se admite la notificación por medio de burofax, (cfr. res. RDGSJFP de 14 de mayo de 2019), pero en nuestro caso, dada la trascendencia de los efectos resultantes del acto notificado (transmisión del dominio en ejercicio de derecho de opción), tal notificación debe ser realizada por conducto notarial. En el supuesto calificado la inadmisibilidad del régimen de notificaciones pactado se hace más evidente si tomamos en consideración que la parte optante (y se expresa con mayúscula en el título) “asume a todos los efectos, que el hecho de no recibir los burofaxes que a tal efecto se le remitan no derivará en falta de notificación para el correcto ejercicio de la opción de compra, comprometiéndose a notificar cualquier cambio de domicilio”.

Por tanto, de las circunstancias expresadas anteriormente (cantidades entregadas por cuenta de una opción antes de que pueda ejercitarse, la posibilidad de que el acreedor pueda unilateralmente deducir mediante un cálculo aproximado del importe de compra las deudas que a su solo juicio tiene el concedente, así como el ejercicio unilateral en el caso de que no consiga localizar al concedente por medio de burofax...) resulta que la operación tal y como está planteada supone un opción con una clara finalidad de garantía que vulnera la prohibición de pacto comisorio en nuestro derecho.

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”.

Tal y como ha sostenido reiteradamente la DGSJFP, 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 distrahendi', en que está prevista la suerte de los mismos".

La DGSJFP sostiene que la prohibición de pacto sucesorio no es absoluta (cfr. Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022), si no que deben admitirse aquellos pactos 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 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 admitiría 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.

Como consecuencia de la operación documentada en la escritura el optante adelanta cantidades por cuenta de una futura opción que aún no puede ejercitar, y por otro lado, podría darse el caso de que, de no recoger el concedente el burofax, quede a su libre arbitrio al ejercitar la opción de compra, subrogarse en las cargas o deudas que pesan sobre la finca o cualesquiera otras de las que deba responder el concedente, descontando el importe de las mismas. En consecuencia, el optante (acreedor de la relación de financiación al margen de las normas de transparencia) puede quedarse con la propiedad de la finca, sin que está pase por un procedimiento de ejecución con una tasación objetiva, en perjuicio de acreedores y del propio concedente, imputando unilateralmente las deudas hasta el punto de no realizar ningún pago al concedente al tiempo de ejercitar la opción, o lo que es peor, reclamarle un supuesto saldo pendiente.

En conclusión, se suspende la inscripción en la escritura que se califica se incluyen cláusulas que, de los términos en los que está redactadas, se infiere que la finalidad de la opción no es la adquisición preferente de la finca sino la constitución de un derecho de garantía real.

De conformidad con lo expuesto, la Registradora abajo firmante, acuerda la suspensión de las operaciones registrales interesadas.

La notificación de la presente calificación negativa llevará consigo la prórroga de vigencia del asiento de presentación, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria.

Contra la presente calificación cabe: (...)

En Barcelona, fecha de firma. Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por María Álvarez García-Rovés registrador/a titular de Registre de la Propietat n.º 7 de Barcelona a día diecisiete de octubre del dos mil veinticuatro.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña J. C. P., en nombre y representación de la mercantil «Marlot, SL», interpuso recurso el día 21 de noviembre de 2024 mediante escrito del siguiente tenor:

«(...) ante este órgano comparezco y como mejor proceda, digo:

Que en fecha 23 de octubre de 2024 se ha notificado la calificación negativa emitida por la Señora Registradora D.^a María Álvarez García-Roves, del Registro de la Propiedad n.º 7 de Barcelona, con referencia a la inscripción de la escritura de opción de compra con número de Protocolo 3440/22, de fecha 12 de septiembre, autorizada ante el notario de la ciudad de Barcelona, Don Sergi González Delgado, de una finca Urbana inscrita con las siguientes referencias: Finca 35.510 de Les Corts, al folio 90 del tomo y libro 477: Urbana, sita al Carrer (...) de Barcelona.

Que, mostrando desacuerdo con la calificación emitida por la Señora Registradora Número Siete de Barcelona, y dentro de plazo legal, interpongo recurso potestativo contra dicha calificación negativa en su totalidad, en base a los fundamentos siguientes:

Hechos y alegaciones.

Previa: Para la calificación de este título y teniendo en cuenta que ésta ha sido objeto de subsanación más de dos veces, el Registro ha tenido a la vista también las siguientes escrituras/Protocolos:

- 3441/22 (carta de pago) de fecha 12 de septiembre.
- 753/24 (aclaratoria-subsanación) de fecha 27 de febrero de 2024, aclara: "...que el otorgamiento se adecua a la legalidad a la voluntad debidamente informada de ambas partes otorgantes y de lo demás en el mismo comprendido...".
- 6.930/24 (prórroga de plazo para el ejercicio, señala fecha de para el ejercicio consensuada por las partes).

Primero. Motivos de calificación negativa:

La calificación negativa suspende la inscripción de la escritura de opción de compra suscrita en el año 2022 en el Registro de la Propiedad al tener la Ilustrísima Registradora, según argumenta, fundadas dudas acerca de la posibilidad que está encubriendo un contrato de financiación, según su crítica interpretación y valoración por lo siguiente:

1. La finca constituye la vivienda familiar de la Cedente.
2. La finca está gravada con una hipoteca, según se indica la Anotación Marginal estaría vigente a fecha 6 de septiembre de 2024 con anotación de suspensión por defecto subsanable.
3. Plazo de la opción es por 24 meses, con una limitación de no ejercicio de ésta hasta el mes 18.º de su firma; plazo ampliado al 21 de octubre de 2024, por última escritura de ampliación otorgada 24 de julio de 2024, protocolo 6930, ante Notario Jaime Calvo (no se indica que en dicha escritura las partes pactaron la fecha de ejercicio para el 23 de octubre de 2024).
4. En cuanto al importe de la Prima por 50.000 €, el pago se destinaba a favor de la mercantil Firauco, SL, por la cancelación de acto previo de otra operación de Opción de Prima, firmada por la propietaria con Firauco, con protocolo anterior y que ya ha sido calificada positivamente e inscrita
5. Del precio de compraventa y la imputación de los pagos que se hubieren realizado. Se cuestiona la imputación de los pagos a cuenta del precio de Compraventa, incluida el importe de la prima por 50.000,00 € transferencia realizada a favor la de mercantil "Firauco, SL" y de otras cantidades que reciba la Cedente y/o retención de

cantidades para satisfacer los remanentes de los préstamos. hipotecarios, y de su acreditación del pago de ésta

6. La forma de subrogación o pago de la hipoteca que grava la finca en caso de subrogación y la forma de cálculo de ésta.

7. Pacto de ejercicio unilateral y la imputación de pagos.

8. Venta libre de carga.

9. (no consta este punto).

10. Sobre el protocolo 3442 otorgado por las mismas partes relativa a la carta de pago de las cantidades entregadas a la cedente y sus justificantes de los pagos realizados a terceros, señala que éstas no han intervenido en la operación de opción de compra - otorgada el mismo día.

11. Reconocimiento de las partes del importe pendiente de pago.

12. Juicio o valoración de la Señora Registradora de los indicios que el acto de opción de compra, a su criterio es una opción concedida en "garantía" que vulnera la prohibición legal de pacto "sucesorio" ** entendemos que es una errata y se refiere al pacto "comisario".

Fundamentos de Derecho sobre la que se fundamenta la resolución que se impugna:

1. Es criterio de la Registradora que la entrega a cuenta del precio de compraventa que se entrega por acto posterior a la escritura de opción, y el hecho del compromiso ante la Cedente de no ejercer la opción por un plazo anterior a los 18 meses, ello deriva en una garantía real y que el pago del precio se realice a varias sociedades que no tienen relación con la operación planteada.

2. Sobre la previsión que al ejercitar la opción y la imputación de pagos a cuenta del precio de compraventa (descontar del precio de las cargas y de otras deudas (según criterio de la Registradora) más allá de las que responda la finca.

La no aportación de certificados de saldo y el cálculo manual y aproximado que se indica en el contrato, que queda al libre albedrío de la optante, llegando en dicho caso incluso a no existir saldo pendiente de pago del precio de compraventa.

La notificación regulada por la RDGSJFP del 18 de julio de 2022. Acepta la Registradora que se acepta la notificación por Burofax, pero al mismo tiempo indica que por el carácter de esta operación, la notificación se ha de realizar por conducto notarial, preocupándola que conste en la escritura y con letras mayúsculas que la concedente/vendedora "asume a todos los efectos que el no recibir los burofaxes no derive en falta de notificación para el correcto ejercicio y que esto posibilita el Ejercicio Unilateral.

Sustenta, la Sra Registradora, que todo lo anterior, la operación como está planteada supone que el acto tiene una finalidad de garantía que vulnera la prohibición de pago comisario, invocando lo previsto en la Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de julio de 2017, en la Resolución DGSJFP, acto de apropiación,... esté vinculada al nacimiento del crédito que se garantiza y que no está sujeta a un procedimiento objetivo de valoración. Sometimiento de la necesidad del deudor a la valoración inferior a la real del bien o que tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Evitando el enriquecimiento del acreedor y que plantea problemas respecto a los titulares de asientos posteriores, "ius distraendi".

También, argumenta la calificación de la DGSJFP que indica que la prohibición del pacto comisario no es absoluta (resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y otras, que deben admitirse acuerdos que guarden equilibrios entre los intereses del acreedor y deudor. Permitiéndose la adjudicación al acreedor o venderse a un tercero

Por último, dentro de la retórica esgrimida por la Señora Registradora, indica el optante adelanta cantidades por cuenta de una opción que aún no puede ejercer, podría darse el caso que el cedente/vendedor "no recoja" el Burofax, y que quede a su albedrío el ejercicio de la opción de compra... califica a la optante, como (acreedor de la relación de financiación al margen de las normas de transparencia) pueda "quedarse" con la

propiedad sin que pase por un procedimiento de ejecución. Y lo que es peor “reclamarle un supuesto saldo pendiente” (...)

Segundo. Valoración de la calificación realizada por la registradora del acto jurídico.

Las alegaciones que fundamentan este recurso se vierten en estricto sentido de defensa de los intereses de las partes, sin ánimo de desvirtuar el trabajo, estudio, o el criterio que tiene/realiza la Señora Registradora.

El argumento, estudio, valoración que fundamenta el acuerdo que se impugna refleja que la Señora Registradora hace una valoración crítica y razonada del documento inscribible, pero no de forma objetiva, sino como Juez y Parte como si se tratara de dirimir un litigio (que no existe), o que estaría tratando de obtener alcances de las cláusulas que no se dicen, y que actúa como si fuese un defensor del cedente y la parte acusadora de la parte optante, extra-limitándose en las facultades que tiene como funcionario calificador, excediéndose de los medios a que se refiere el Art. 18 de la Ley Hipotecaria, que son la legalidad de las formas extrínsecas, o de lo que resulte del título y el contenido del Registro.

En la calificación impugnada nuevamente el Registro tiende a vincular esta opción de compra a una operación de financiación, ocasionando un entorpecimiento en el tráfico jurídico e inmobiliario propios de la disposición y/o adquisición de la propiedad, que es la finalidad de esta operación.

Tercero. De la causa “garantiae” y la autonomía de la voluntad.

La valoración de calificación negativa que se impugna ha sido realizada en base a suposiciones o valoraciones subjetivas, sin tener en cuenta que el acto de opción de compra es un derecho de adquisición previsto dentro de nuestro ordenamiento sustantivo, mas no un derecho de garantía como se indica erróneamente el Acuerdo impugnado. No existe conexión alguna entre sus elementos ni en las cláusulas firmadas por las partes.

El derecho de opción está regulado en el Derecho Civil Catalán, en el art 568-5 a 12, del Código Civil Catalán, Ley 5/2006, de 10 de mayo. El propio artículo 568-1 cuando se refiere a “Los derechos de adquisición” recalca...

“Son derechos de adquisición voluntaria los siguientes:

a) La opción, que faculta a su titular para adquirir un bien en las condiciones establecidas por el negocio jurídico que la constituye.”

Su significado es claro, deja a la autonomía de la voluntad del concedente y optante la regulación del derecho de opción. recordemos que Federico de Castro (el negocio jurídico) dijo: “Es la manifestación suprema de la autonomía de la voluntad, es la que produce la Constitución, modificación o extinción de las relaciones jurídicas entre los particulares”.

Las condiciones legales son claras y precisas aplicables a este acto jurídico y que están reflejadas en la escritura objeto de calificación,

Disposiciones generales: Artículos:

568-5 Constitución (escritura pública y imputación de la prima pactada al precio de compraventa-Cláusula Segunda, apartado b)

568-6-a) Contenido del título: Plazo de constitución, y plazo de su ejercicio, si procede y 568-8 Duración: Pacto Segundo, apartado a),

Este artículo permite que el plazo de constitución y vigencia sea uno diferente al plazo de ejercicio, es legal dicho pacto y no encubre un contrato de préstamo alguno. En este caso, se constituyó el derecho de opción de compra por 24 meses, y el plazo de ejercicio se pactó sería a partir del mes 19 al 24. Según contrato inicial, contenida en la escritura calificada con defecto.

La normativa sustantiva, lo permite, ¿por qué esto es un motivo que considera la Sra. Registradora constituiría el acto un préstamo? Si un propietario dispone de su vivienda a través de este contrato, en el tiempo indicado como está pactado, ¿por qué no es posible que se pueda pactar un plazo posterior para su ejercicio?” pero si no lo estuviera, en ese caso, tampoco estaría prohibido.

568-6-d) domicilio a efectos de las notificaciones preceptivas.

568-6-e) La forma de acreditar el pago del precio o contraprestación, si se trata de un derecho de opción y se ha pactado su ejercicio unilateral - Pacto Tercero, y Pacto Quinto del contrato de opción.

568-9 Transmisibilidad-Pacto Segundo, apartado d), e) este apartado no contraviene la libre transmisibilidad.

568-10 Conservación del Objeto, Pacto Segundo, apartado f); g).

568-11 Pérdida del Objeto.

568-12 Ejercicio -

(1) sin perjuicio de lo que establezca el título de constitución, se debe pagar el precio al ejercer el derecho de opción y los concedentes a entregar la posesión.

(2) Pago o consignación del precio si existen derechos reales o gravámenes posteriores al derecho de opción.

(3) Ejercicio unilateral del derecho de opción, condiciones:

a) Pactado al constituir del derecho.

b) Posesión, mediata o inmediata.

c) Depósito del precio de la notarialmente, al propietario o terceros con derechos inscritos (posteriores al derecho de opción).

d) Notificación fehaciente del ejercicio del derecho en el domicilio que conste en el título de constitución. (pactado en la escritura, y no sólo eso, sino también fue fijada por las partes la fecha de ejercicio y designada la notaría para el día fecha 26 de octubre, fecha que tuvo que prorrogarse y señalar otra nueva, según consta en la Escritura de Prórroga de fecha 24 de julio de 2024, Protocolo 6.930).

En consecuencia, el derecho de opción en el Derecho Civil Catalán deja al libre albedrío de los contratantes los pactos y cláusulas que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios al orden público, a la ley, ni impliquen un abuso del derecho. La calificación de la Sra. Registradora en el caso que nos ocupa tiende a la interpretación de un posible pacto comisario, que no tiene relación alguna con el contrato que nos ocupa.

A este respecto no olvidemos que la definición del pacto comisario –ex arts. 6, 1859 y 1884 del Código Civil– la constituye cualquier 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, (Reas de 26 de diciembre de 2018 y Reas. 28 de enero de 2020). ¿Alguna cláusula de la opción de compra se puede interpretar de esa forma? Habría de realizar una interpretación más que conjunta o individual de los pactos para llegar a esa conclusión.

Tal previsión comprende cualquier pacto comisario, bien se configure como pacto autónomo, bien como cláusula añadida en otro contrato de garantía, como hipoteca, prenda anticresis, o bien cuando se instrumente mediante negocios indirectos como la opción de compra (Reas. 26 de noviembre de 2008 y Reas 28 de enero de 2020).

Como sabemos, la prohibición del pacto comisario se fundamenta en la necesidad de preservar la conmutatividad en los contratos, destacando el Centro Directivo las siguientes razones:

a) Impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que esta sufra un perjuicio desproporcionado, lo que puede suceder cuando el deudor, acuciado por la necesidad de obtener crédito, acepta una valoración de los bienes dados

en garantía muy inferior al valor real, o cuando esos bienes tienen un valor superior al de la obligación garantizada.

b) Necesidad de aplicar los procedimientos de ejecución que permiten al acreedor ejercitar su “ius distrahendi” a la vez que protegen al deudor al procurar la obtención del mejor precio de venta.

c) A lo que se añade que el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del “ius distrahendi”. (Ress. de 21 y 22 de febrero y Reas 5 de septiembre de 2013). Actualmente se ha producido una moderación acerca del pacto comisario a partir de las Ress. de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, por lo que continuación comentamos:

– Deben admitirse aquellos pactos que “permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda”, garantizando el equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor y evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas.

– Por ello, “podría admitirse el pacto comisario siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas”, lo que exigirá 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 de este que excluya la situación de abuso para el deudor. En apoyo de esta tesis se cita el denominado pacto marciano recogido en el Digesto”.

Reiteramos, no tienen relación el contrato de opción.

Por último, cabe destacar la Ress. De 27 de octubre de 2020 que nos dice:

1.º “...toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro...”.

2.º “...Ni el registrador, ni esta Dirección General, pueden más que analizar; enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista clara y patente constatación [de que en] la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisario establecida por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil).

3.º A lo dicho ha de añadirse el claro refuerzo que supone el que “las partes –bajo su responsabilidad y bajo fe notarial– han manifestado en el acta aportada y calificada, y en la que paladinamente se asevera que la opción pactada “no se establece en función de garantía y, por tanto, no constituye la vulneración del principio de prohibición del pacto comisario al que se refieren los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil”.

De los contratos se ha de obtener una interpretación sistemática de todas las cláusulas del contrato como conjunto orgánico de todos los contratos acordados, entre las partes para conseguir una finalidad económica unitaria.

Cuarto: pactos varios como: cantidades entregadas por cuenta de una opción antes de ejercitarse, deducción unilateral [sic] por cálculo aproximado del importe de compra, ejercicio ejercicio [sic] unilateral en caso de no localización, etc. Fundamentan las dudas de la registradora de la concurrencia de una causa de garantía:

A) Primera Concurrencia: Recepción de una prima de 50.000,00€ pago realizado por Marlot, SL (Optante) a favor de la mercantil “Firauco, SL” (tercero, quien tenía un derecho de opción anterior sobre la finca, que es objeto de Opción)

Tanto en la escritura de Opción de Compra en la descripción de cargas como en la nota continuada, consta inscrito un derecho real de opción a favor de la mercantil Firauco, SL, quienes renunciaron a su derecho de opción en acto previo y en unidad de

acto a la constitución de la opción de compra que es objeto de calificación negativa, otorgando escritura pública de Cancelación de Opción de Compra.

El importe de la prima del título que se califica y a petición de la cedente se realizó la transferencia directamente a la mercantil Firauco, SL, pago por delegación y afectaba directamente a la finca. Finca cuyo derecho de compra se constituía en ese acto a favor de esta parte recurrente.

Los pagos por delegación en firmas de actos jurídicos, es usual ya que reduce el número de movimientos financieros en aras de alcanzar la efectividad e inmediatez de los actos y asegurar por parte de la optante que un derecho anterior quede cancelado de forma fehaciente y éste sea inscrito, se debe a la seguridad jurídica al menos de esta parte.

Ello, no es óbice para interpretar que se trata de una financiación. La adquisición de una propiedad implica que ha de estar saneada, siendo una obligación esta de la propietaria.

B) Segunda Concurrencia En la opción se prevé la posibilidad de imputar al precio de compraventa las cantidades que se hayan destinado al pago de deudas propias del concedente.

Salvo error, esta parte no encuentra apartado alguno que determine aquella posibilidad. Lo que sí se pacta es la deducción de los importes de las deudas que graven la finca que se adquiere: impuestos (ibi), cargas existentes (en este caso, la hipoteca que grava la finca) y las cantidades entregadas a las cantidades recibidas por la cedente vinculadas con esta operación. No entendemos cómo se puede deducir que se entregue cantidades a cuenta del precio para el pago de las deudas propias de la concedente. (¿?). Se paga una prima en la opción de compra y a cuenta del precio de compraventa en la escritura de Carta de Pago. Que se efectúe a nombre de otras empresas que han intervenido como las intermediarias inmobiliarias, esto es a petición de la cedente y son costes que asumen directamente los vendedores en toda operación inmobiliaria, máxime cuando por el sólo hecho de conceder la opción de venta, la vendedora ya ha dispuesto de la finca. Este documento de carta de pago, deja de forma clara y precisa determinada cuál es el importe a pagar del precio y no deja en ningún caso, al comprador optante que al ejercitar unilateralmente la opción, y determine de laguna manera qué cantidades se deducen del precio.

En este sentido cabe destacar la Resolución de 27 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la Sra. Registradora de la Propiedad de Barcelona n.º 7 a inscribir una escritura de opción de compra en el que se procede al desglose las dudas interpretativas que ha suscitado el artículo 1256 y las pone en contacto con las nuevas orientaciones doctrinales, jurisprudenciales y legislativas. Así, -dice; que, si bien es cierto que el Código Civil manifiesta una cierta aversión “hacia la indeterminación de lo que puedan considerarse como elementos objetivos del contrato”, lo cierto es que “la posible indeterminación debe de ser analizada con sumo cuidado, pues una cosa es que la determinación de un elemento objetivo del contrato –no definido– quede a la voluntad unilateral y arbitraria de una de las partes, y otra bien distinta es que esa previsión, en orden a una concreción ulterior de la determinación y exigibilidad, se base en el acuerdo de aquellas”.

De igual modo, el Tribunal Supremo aclara en su Sentencia de 15 de junio de 2016 que “...Ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal (...) no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código: si ‘las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos’, no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad (...)”.

Abunda en este criterio la STS de 29 de mayo de 2014 cuando expresa 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)”.’

Asimismo, 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)”.

A más abundamiento, el derecho comparado y las más recientes codificaciones (arts. 1164 y 1165 CC Francés y Convenios internacionales) se orientan en un sentido que se considera “superación del mito del tabú de la determinación del objeto y del precio” y del “tabú del arbitrio de parte”; de modo que, modernamente, la insistencia en la determinación de los elementos objetivos del contrato y singularmente del precio, así como la aversión a su determinación unilateral han disminuido muy notablemente, desvaneciéndose para algunos autores en términos prácticos.

De este modo, es necesario indicar que el precio o prima de la opción se encuentra perfectamente concretado en la escritura, así como la previsión de cualquier cantidad anticipada por el optante al concedente que se considerará pago a cuenta del precio, siempre y cuando, evidentemente, sean medios de pago debidamente acreditados, de hecho en la propia escritura de formalización de la opción de compra no se deja margen de error con respecto a que importes se deben tener en cuenta como a cuenta de precio. De este modo, para asegurar los derechos del concedente y optante, hay que preservar que las cantidades entregadas a cuenta al concedente, a su solicitud, estén perfectamente acreditadas por los medios de pago establecidos en derecho. Así, reza la cláusula “...cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción de compra y hasta el ejercicio de la misma, mediante cheque y/ o cheques bancarios nominativos, o cualquier otro medio de pago debidamente acreditado, y su posterior depósito notarial mediante ingreso en la cuenta de consignación.”

En literal de la escritura de opción de compra, se aclara este apartado de forma absolutamente transparente:

“Con respecto a las cantidades y/o desembolsos que la parte cedente/vendedora haya podido recibir desde la constitución del derecho de opción de compra y hasta el ejercicio de la misma, la parte compradora deberá aportar certificado original emitido por la vendedora en el cual deberán constar las cantidades recibidas, la fecha de la recepción de las mismas, los medios de pago, además y de forma expresa deberá constar que la cantidad recibida se asigna a parte del precio de la compraventa de la finca objeto de transmisión.”

Asimismo, en relación a las perspicaces manifestaciones de la Sra. Registradora en cuanto a las cantidades a retener en concepto de a cuenta de precio, para hacer frente a las cargas hipotecarias, se deben matizar en cuanto a que se limitan a cargas hipotecarias, en este caso una hipoteca de “CaixaBank” o aquellos embargos que pudieran ser inscritos durante los dos años de vigencia de la opción de compra, cantidades las cuales, como es comprensible, no pueden determinarse en el momento de la formalización de la opción de compra.

En consecuencia, definitivamente no se vulnera el principio establecido en el artículo 1256 del Código Civil en el momento en el que no se deja al albur de una de las partes el cumplimiento del convenio, sino que es consensuado, probatorio y garantista, ya que no se indica que únicamente se ha de aportar los medios de pago que han de ser debidamente acreditativos, máxime si se trata de consignación notarial o carta de pago

formalizada por ambas partes que indique de forma clara el destino de la cantidad recibida.

Se ha de tener en cuenta que el Contrato de Opción la voluntad de la [sic] cedentes es firme y perfecto, y de obligatorio cumplimiento que ha dispuesto a favor del cedente y que éste sólo perfeccionará la compra con su ejercicio. En la operación de opción de compra, como en la compraventa, intervienen los intermediarios inmobiliarios, en este caso son dos en el acto de disposición de una finca pero de forma aplazada.

Cuarto. Conclusiones.

En base a los argumentos expuestos, esta parte concluye que no hay obstáculo para admitir una previsión como la cuestionada en la calificación recurrida, pues los posibles ajustes o compensaciones a que hubiera lugar, de no mediar acuerdo entre las partes, se sustanciarían en sede judicial y extramuros del Registro; pero es que, sobre todo, poco margen deja la escritura calificada para presuponer un “pacto comisorio”, y en ningún caso se aprecia fundamento para que la Señora Registradora pueda tener causas fundadas acerca de la veracidad de las manifestaciones de las partes y del contenido de la escritura y menos aún para presuponer que el Notario otorgante no ha realizado las funciones para las cuales se le requiere y que sin duda ha llevado a término, y como mínimo con igual diligencia que el registrado que ahora califica su trabajo.

En este sentido, cabe destacar los siguientes puntos, los cuales ponen en evidencia la buena fe, claridad y legitimidad de la escritura objeto de calificación negativa:

1.º La clarividencia y concreción con que se indica que importes se podrán tener en cuenta para que formen parte del precio y que el contenido y condiciones de la escritura de opción de compra ha sido pactado en igualdad de condiciones.

2.º La conveniencia de constituir la opción de compra ante notario dada la importancia de la cantidad recibida por la parte vendedora, así como el margen de tiempo solicitado, por la parte vendedora y aceptado por la compradora, para poder formalizar el ejercicio de la opción de compra, que hacen recomendable que el negocio jurídico quede reflejado en un documento público, inscribible en el registro de la propiedad, con el fin de salvaguardar los intereses de las partes frente a terceros, una de las funciones primordiales del Registro de la Propiedad.

3.º La actividad de la parte compradora desde hace más de 20 años, compraventa de bienes inmobiliarios por cuenta propia y no una entidad financiera: “Interviene –en nombre y representación, como apoderada, de la compañía ‘Marlot, SL’– la sociedad tiene por objeto social la compraventa de bienes inmobiliarios por cuenta propia”.

Por último, en cuanto a la cuestión referente a que la notificación del ejercicio de la opción de compra, ésta ha sido consensuada por las partes. La opción de compra ha sido prorrogada y por lo tanto su ejercicio.

La notificación para el ejercicio se realizará por conducto notarial, aun cuando ya se ha fijado la fecha de ejercicio (venta) por las partes de mutuo acuerdo. Hecho que la Sra Registradora no ha tenido en cuenta. Aun así, también se realizará el requerimiento por conducto notarial.

Si bien es cierto que los Registradores cumplen una función importantísima en la calificación del acto que será objeto de inscripción, también lo es que el exceso de ella provoca inseguridad jurídica. En este caso, tenemos una opción de compra que desde el año 2022 no se puede inscribir. La inscripción de la propiedad si bien no es un derecho constitutivo, pero sí es declarativo y esa falta de inscripción limita el derecho de la Optante, y afecta directamente al ejercicio de su actividad social, afectando directamente al objeto social de la empresa como la facultad de disposición de la propietaria. Estas incidencias terminan afectando las voluntades de las partes, quienes al ver tanta reticencia terminan por desgastarse y renuncian a la celebración de estos actos por cansancio, al ver restringidas no sólo la libertad contractual de las partes sino que

también vulnera /a manifestación suprema de la autonomía de la voluntad, amparada por la Constitución.

Fundamentos de Derecho.

- A. Artículos 9, 10, 198, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria.
- B. Los expuestos en este Recurso, tanto las Resolución de la Dirección General, como las sentencias del tribunal Supremo.
- C. Derecho Civil catalán artículos 568.1 a 12 que regulan la opción de compra.

Por todo lo expuesto,

Solicito que, previa admisión del presente escrito se tenga por formulado recurso potestativo, contra la calificación de la inscripción de la referida opción de compra, y se dicte resolución expresa que revoque la calificación recurrida y se acuerde ordenar a la Sra. Registradora la inscripción de la opción de compra que fue presentada en su día, y rechazada por defectos subsanables e insubsanables.

En consecuencia:

- a) Se proceda a la inscripción del título presentado, por no incurrir el mismo en defecto alguno, dada la inexistencia del alegado “pacto comisario”, o del alegado incumplimiento del artículo 1256 CC, e igualmente que, al no existir pacto comisario u operación financiera, no procede el cumplimiento de requisito alguno de la Ley de Contratos de Créditos Inmobiliarios.
- b) Se proceda a la inscripción parcial de la escritura presentada, conteniendo la totalidad del resto de pactos contenidos en la escritura.
- c) Al presente Recurso Potestativo (...)
- d) A raíz del acuerdo de las partes al fijar fecha en para el ejercicio, se ha habilitado el ejercicio unilateral, previsto en la legislación Catalana; y aun así, por la parte optante en lo referente a la notificación del ejercicio futuro ejercicio de la opción de compra quede inscrito también se realizará por conducto notarial.»

IV

La registradora de la Propiedad mantuvo su calificación y, junto a su preceptivo informe, elevó el expediente al centro directivo para su resolución. Dado traslado del recurso interpuesto al notario autorizante del título calificado, no ha formulado 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; 568-1 a -12 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales; 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, 17 de marzo y 20 de abril de 2009, 31 de marzo y 1 de diciembre 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, 9 y 23 de enero, 11 y 28 de junio, 22 de julio, 30 (4.ª) y 31 de julio (2.ª), 1 y 2 de octubre y 13 de noviembre de 2024 y 10 y 16 de enero de 2025.

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

Mediante escritura autorizada el día 12 de septiembre de 2022 por el notario de Barcelona, don Sergi González Delgado, con el número 3.440 de protocolo, subsanada por otra autorizada por el mismo notario el día 27 de febrero de 2024, con el número 753 de protocolo, doña S. S. J. concedió a la mercantil «Marlot, SL,» un derecho (real) de opción de compra sobre la que manifiesta ser su vivienda familiar, finca número 35.510 del Registro de la Propiedad de Barcelona número 7. Por estimarse de interés para la resolución del presente recurso, se reseñan los siguientes extremos de la documentación tenida en cuenta al emitir calificación.

a) Como características generales de la opción convenida en la citada escritura:

– se concede a la mercantil «Marlot, SL,» sobre la que manifiesta ser la vivienda familiar de la concedente.

– la referida finca se halla actualmente gravada con una hipoteca, constando nota a su margen de fecha 12 de agosto de 1993, de haberse expedido certificación de dominio y cargas prevenida en la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

– el plazo para la opción se pacta en 24 meses, a contar desde el día del otorgamiento, no pudiendo ejercitarse durante los primeros 18 meses (consta presentada en el Registro, escritura de prórroga de plazo para el ejercicio de la opción de compra, por la que se amplía dicho plazo y se prorroga el mismo hasta el día 21 de octubre de 2024).

– la prima de la opción se fija en 50.000 euros, cantidad entregada, con posterioridad al acto, a la sociedad «Firaucó, SL,», mediante una transferencia bancaria, cuyo justificante consta unido al título calificado y en el que figura, como fecha de la operación, el 14 de septiembre de 2022, y como beneficiario «Sara Sala Firaucó, SL,» [sic], y ello a cuenta de «saldar y liquidar» [sic] otra opción de compra de la que dicha sociedad era titular sobre la misma finca, constituida por la misma concedente, por una prima de 15.000 euros, y a cuya cancelación se procedió (según indica la nota) en escritura otorgada el mismo día que la objeto de la presente calificación.

– se fija el precio de la compraventa futura en la suma de 680.000 euros; pactándose que de dicho precio se deducirán, además del precio pagado por la prima de la opción (los 50.000 euros entregados a la sociedad «Firaucó, SL,»), y de otras posibles cantidades retenidas por la compradora, correspondientes a importes adeudados pendientes de la vendedora, «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 descrita finca, bien reteniendo el importe necesario para satisfacer los remanentes de los préstamos hipotecarios y demás cargas que pudieren haber suscritos o bien mediante su consignación notarial».

– en relación a dichas posibles cantidades entregadas por la optante a la cedente, se prevé, a efectos de su justificación en el ejercicio de la opción, la aportación por la compradora de certificado original emitido por la vendedora o cedente, en el cual deberán constar las cantidades recibidas, la fecha de la recepción de las mismas, los medios de pago, además y de forma expresa deberá constar que la cantidad recibida se asigna a parte del precio de la compraventa.

– consta también en la escritura que, para el caso de subrogarse el optante en los préstamos de que deba responder la finca, en defecto de certificado de los acreedores del saldo pendiente, «la imposibilidad de aportar el/los certificado de saldo pendiente se

suplirá mediante un cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento, quedando el comprador obligado a asumir las posibles diferencias que a favor del vendedor pudieran producirse, pudiendo reclamar la cedente/vendedora la diferencia a su favor. En ningún caso se entenderá que la no aportación de los certificados de saldo dará lugar a una cláusula suspensiva, quedando completado el pago del precio de la presente opción de compra y quedando perfectamente legitimado el vendedor a reclamar al comprador cuantas cantidades considere oportunas por este concepto».

– las partes pactan la posibilidad del ejercicio unilateral de la opción, y para este supuesto se prevé, igualmente, la imputación de dichas posibles cantidades recibidas por la cedente «mediante cheque y/o cheques bancarios, o por cualesquiera otro medio de pago debidamente acreditado, o su posterior depósito notarial mediante ingreso en la cuenta de consignación».

– en la escritura se indica que la venta se realizará libre de cargas.

b) Es también de interés reseñar que, en la cláusula quinta de la escritura de constitución de la opción se expresa:

– que se ha pactado la misma como derecho real e inscribible, y que «se ejercitará mediante notificación vía burofax dirigido a la parte concedente, dentro del plazo establecido en el que se fijará día, hora y Notaría para autorizar la escritura de compraventa (...) y subsidiariamente mediante comparecencia unilateral de la optante/compradora, para el caso en que la parte concedente/vendedora no compareciera ante el Notario designado, o lo hiciese sin la documentación necesaria (...) o no firmase la escritura por cualquier otro motivo, sin que mediara justa causa, en tales casos deberá acompañarse, a la correspondiente escritura, la documentación facilitada por el Servicio Estatal Correos y Telégrafos, SA, según la cual se acredite la recepción del requerimiento, y en caso de incomparecencia o no haya sido positivo, se deberá acreditar que al menos en dos (2) ocasiones se ha remitido la correspondiente notificación vía burofax al domicilio facilitado».

– que con relación al medio a utilizar para dar lugar a la notificación fehaciente la parte concedente acepta expresamente que se realice mediante burofax, asumiendo a todos los efectos que el hecho de no recibir los burofaxes no derivará en falta de notificación para el correcto ejercicio de la opción de compra, comprometiéndose a notificar cualquier cambio de domicilio.

– que, en caso de ejercicio unilateral, el precio se abonaría previa deducción de los importes correspondientes a la prima de la opción; las cantidades retenidas para cancelar cargas existentes sobre la finca; importes adeudados y pendientes de pago en el momento de formalizarse el ejercicio de la opción de compra; cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la opción y hasta su ejercicio. El pago se realizaría mediante cheque y/o cheques bancarios nominativos, o por cualquier otro medio de pago debidamente acreditado, o su posterior depósito notarial mediante ingreso en cuenta de consignación. Se prevé asimismo que una vez otorgada la escritura de compraventa, ésta se notifique fehacientemente al concedente de la opción.

c) Se indica en la calificación que consta presentada, en el citado Registro de la Propiedad de Barcelona número 7, otra escritura otorgada el mismo día y ante el mismo notario, con número de protocolo posterior (3.442), en la que se comienza indicando que en la escritura protocolo número 3.440 (del mismo día), se ha constituido un derecho real de opción de compra; añadiéndose que doña S. S. J., la concedente, reconoce recibir de la optante, «Marlot, SL», las siguientes cantidades, a cuenta del precio de la compraventa en ejercicio de la opción y que la propia «Marlot, SL» se ha comprometido a no ejercitar hasta año y medio después, firmando la cedente la más eficaz carta de pago de las mismas: la cantidad de 50.000 euros, configurada como prima de la opción y recibida (destinatario final) por la mercantil «Firaucó, SL». Y la cantidad de 350.000

euros, satisfecha con posterioridad al acto, mediante las siguientes transferencias bancarias a favor de varias personas, de las que se incorpora justificante al título calificado: a) 300.000 euros, que se abonan a la propia «Firauco, SL» en concepto de pago y liquidación de la citada opción de compra a su favor que en su día gravaba la finca; b) la cantidad de 17.300 euros, que son entregados a la mercantil «Celeste Silver, SL» en concepto de intermediación en la consecución de la opción de compra; c) 23.400 euros a la mercantil «Artic Glow, SL», también en concepto de intermediación en la consecución de la opción, y d) 9.300 euros a la mercantil «Arketipo Gestión, SL», por la tramitación de la opción de compra y carta de pago. Ninguna de ellas comparece en las dos escrituras reseñadas; concluyendo la nota (respecto de los pagos reseñados) que, de lo expuesto, las partes reconocen que la cantidad pendiente de recibir por la parte vendedora, en la compraventa futura, asciende a 280.000 euros; reiterando que, en caso de existir cargas en la finca en el momento del ejercicio, las cantidades para hacer efectivo su pago serían retenidas por la compradora.

La negativa a la inscripción se resume principalmente en las siguientes afirmaciones de la calificación:

a) existir indicios más que razonables de que la escritura, tal y como está redactada, configura un derecho de opción en garantía que contraviene la prohibición de pacto sucesorio (sic, aunque ha de entenderse se refiere a «pacto comisorio»).

b) de la operación documentada en la escritura, el optante adelanta cantidades por cuenta de una futura opción que aún no puede ejercitar; y, por otro lado, podría darse el caso de que, de no recoger el concedente el burofax, quede a su libre arbitrio al ejercitar la opción de compra, subrogarse en las cargas o deudas que pesan sobre la finca o cualesquiera otras de las que deba responder el concedente, descontando el importe de las mismas. En consecuencia, el optante (acreedor de la relación de financiación al margen de las normas de transparencia) puede quedarse con la propiedad de la finca, sin que ésta pase por un procedimiento de ejecución con una tasación objetiva, en perjuicio de acreedores y del propio concedente, imputando unilateralmente las deudas hasta el punto de no realizar ningún pago al concedente al tiempo de ejercitar la opción, o lo que es peor, reclamarle un supuesto saldo pendiente.

c) en conclusión, que en la escritura calificada se incluyen cláusulas que, de los términos en los que está redactadas, se infiere que la finalidad de la opción no es la adquisición preferente de la finca, sino la constitución de un derecho de garantía real.

Se recurre la calificación, alegándose, en síntesis:

a) no hay obstáculo para admitir una previsión como la cuestionada en la calificación recurrida, pues los posibles ajustes o compensaciones a que hubiera lugar, de no mediar acuerdo entre las partes, se sustanciarían en sede judicial y extramuros del Registro; pero, sobre todo, poco margen deja la escritura calificada para presuponer un «pacto comisorio», y en ningún caso se aprecia fundamento para que la registradora pueda tener causas fundadas acerca de la veracidad de las manifestaciones de las partes y del contenido de la escritura; y menos aún para presuponer que el notario otorgante no ha realizado las funciones para las cuales se le requiere y que sin duda ha llevado a término, y como mínimo con igual diligencia que el registrador que ahora califica su trabajo.

b) señala como puntos que ponen en evidencia la buena fe, claridad y legitimidad de la escritura objeto de calificación negativa: la clarividencia y concreción con que se indica qué importes se podrán tener en cuenta para que formen parte del precio y que el contenido y condiciones de la escritura de opción de compra ha sido pactado en igualdad de condiciones. La conveniencia de constituir la opción de compra ante notario dada la importancia de la cantidad recibida por la parte vendedora, así como el margen de tiempo solicitado por la parte vendedora, y aceptado por la compradora, para poder formalizar el ejercicio de la opción de compra, que hacen recomendable que el negocio jurídico quede reflejado en un documento público, inscribible en el registro de la

propiedad, con el fin de salvaguardar los intereses de las partes frente a terceros, una de las funciones primordiales del Registro de la Propiedad. La actividad de la parte compradora desde hace más de 20 años, compraventa de bienes inmobiliarios por cuenta propia y no una entidad financiera (la sociedad optante tiene por objeto social «la compraventa de bienes inmobiliarios por cuenta propia».

c) en cuanto a la cuestión referente a que la notificación del ejercicio de la opción de compra, ésta ha sido consensuada por las partes; ha sido prorrogada, y por lo tanto su ejercicio, y la notificación para el ejercicio se realizará por conducto notarial, aun cuando ya se ha fijado la fecha de ejercicio (venta) por las partes de mutuo acuerdo. Añade que esta circunstancia no ha sido tenida en cuenta por la registradora, y aun así también se realizará el requerimiento por conducto notarial.

d) que los registradores cumplen una función importantísima en la calificación del acto que será objeto de inscripción, pero el exceso de ella provoca inseguridad jurídica. En este caso, tenemos una opción de compra que desde el año 2022 no se puede inscribir; y la inscripción de la propiedad si bien no es un derecho constitutivo, pero sí es declarativo y esa falta de inscripción limita el derecho de la optante, y afecta directamente al ejercicio de su actividad social, afectando directamente al objeto social de la empresa como la facultad de disposición de la propietaria. Incidencias que terminan afectando a las voluntades de las partes, quienes al ver tanta reticencia terminan por desgastarse y renuncian a la celebración de estos actos por cansancio, al ver restringidas no sólo la libertad contractual de las partes, sino que también vulnera la manifestación suprema de la autonomía de la voluntad, amparada por la Constitución.

2. Así las cosas, la objeción a la inscripción que expresa la nota se deriva de la concatenación (en las escrituras que reseña) de una serie de circunstancias que podrían resumirse así:

- existencia de importantes cantidades entregadas a cuenta de una opción, antes de que pueda ejercitarse.
- la posibilidad de que el acreedor pueda unilateralmente deducir, mediante un cálculo aproximado del importe de compra, las deudas que a su solo juicio tiene el concedente.
- el ejercicio unilateral en el caso de que no consiga localizar al concedente por medio de burofax. De la concurrencia y apreciación de tales circunstancias, concluye la registradora, en su calificación, que la operación, tal y como está planteada, supone una opción con una clara finalidad de garantía (de una operación de financiación), que vulnera la prohibición de pacto comisorio en nuestro derecho.

Respecto de esta última cuestión (la prohibición del citado pacto), ha de recordarse que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid., por ejemplo, las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero y 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 y 28 de junio y 22 de julio de 2024, entre otras, siendo de especial relevancia las tres últimas, por su enfoque de la problemática que subyace en este tipo de operaciones), 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 declaramos 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 y 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 de junio, 22, 30 y 31 de julio y 9 de septiembre 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.

Igualmente 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. Se impone, por consiguiente, tener presentes las consideraciones que este centro directivo viene reiterando en las diversas resoluciones que han abordado la problemática –recurrente, por cierto– de opciones de compra pactadas en posible 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 vertido 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». Declaraciones de las partes, por tanto, a tener en cuenta, aunque no menos importante es también la aplicación de 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 ésta sobre aquéllas»).

Como se verá más adelante, es este último precepto el que nos proporcionará la pauta para resolver la cuestión planteada en el recurso; el cual, por cierto, presenta no pocas similitudes con el supuesto que motivó la Resolución de este Centro Directivo de 9 de enero de 2024.

Y anticipemos que del examen conjunto de la escritura en la que se pacta la opción (protocolo número 3.440), y de la escritura de carta de pago (protocolo número 3.442 del mismo día presentada al Registro), cobra sentido la apreciación plasmada en la nota, estimando que lo que subyace es una operación de financiación asegurada con una garantía atípica prohibida, pues la opción pactada –y para la finalidad pactada– supone emplear un negocio jurídico, cuya función económico social (causa) en absoluto tiene finalidad solutoria (adjudicándose/adquiriendo la finca), sino algo bien distinto. Causa, por lo demás, desnaturalizada a la vista de lo pactado, en la segunda escritura, en especial visto el destino final que se dice anticipar a cuenta del futuro ejercicio de la opción, y que hacen bascular un negocio jurídico de matiz marcadamente unilateral a otro bien diferente, de matiz marcadamente bilateral.

En efecto y como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (vid. la Sentencia de 23 de abril de 2010, por todas): «(...) El precontrato de opción es aquel por el que una de las partes atribuye a la optante el derecho de decidir la puesta en vigor de un contrato (normalmente, como en el presente caso, de compraventa) en un concreto plazo. En este sentido, sentencias de 21 de noviembre de 2000 (“implica la concesión por una parte a la otra de la facultad exclusiva de decidir la celebración o no del contrato principal de compraventa”, dice literalmente), 5 de junio de 2003, 26 de marzo de 2009. Por tanto, el efecto de [sic] produce es que, si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente. Y el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración, que se hará de mutuo acuerdo o por resolución judicial, tras el precedente proceso».

4. Como antes indicamos, la nota, del análisis realizado de las dos escrituras presentadas, concluye: «de las circunstancias expresadas anteriormente (cantidades entregadas por cuenta de una opción antes de que pueda ejercitarse, la posibilidad de que el acreedor pueda unilateralmente deducir mediante un cálculo aproximado del importe de compra las deudas que a su solo juicio tiene el concedente, así como el ejercicio unilateral en el caso de que no consiga localizar al concedente por medio de burofax...) resulta que la operación tal y como está planteada supone un opción con una clara finalidad de garantía que vulnera la prohibición de pacto comisorio en nuestro derecho». Y es que en el supuesto que motiva el recurso, se establece un plazo para el ejercicio de la opción de 24 meses, y ésta no podrá ejercitarse hasta transcurridos 18

meses; pero llaman especialmente la atención dos de los pagos que se instrumentalizan en las dos escrituras de referencia.

En efecto, en la primera escritura (protocolo 3.440), se abonan 50.000 euros por la mercantil optante, a la concedente, «al objeto de pagar, saldar y liquidar la opción de compra en favor de dicha compañía que grava la finca objeto de esta escritura» (el destinatario es «Firauco, SL»). Y en la segunda (protocolo 3.442), en su otorgan primero, la concedente de la opción «reconoce haber recibido de la compañía Marlot, SL, a cuenta de la prima o precio de la opción de compra la cantidad de cincuenta mil euros y cuya acreditación fue realizada en la propia escritura de opción de compra, autorizada ante el fedatario de la presente en el día de hoy (...)» (que recordemos se transfería a la mercantil titular de la opción anterior). Y acto seguido, se da carta de pago de una suma de 350.000 euros, a transferir a diversos destinatarios; uno de ellos la misma sociedad titular de la opción anterior («Firauco, SL») a la que se trasfieren 300.000 euros «en concepto de pago y liquidación de la opción de compra a su favor y que grava la finca objeto de esta escritura y que las partes conocen y no reseñan al objeto de evitar reiteraciones innecesarias».

Tiene por ello razón la registradora cuando pone el acento en el dato de que, en esa escritura complementaria de carta de pago, se anticipa por el optante al cedente una importante cantidad a cuenta del futuro ejercicio de la opción (llamativo el destino final de la misma); sobre todo a la vista del destinatario final de la suma de más importe y por un concepto –cancelar la opción– que ya se indica cubierto y satisfecho en la primera (protocolo 3.440). Pago carente de toda lógica, pues se ha pactado que la opción no podrá ejercitarse hasta año y medio después (plazo que por cierto se prorroga), lo que claramente sugiere que con él se está saldando una operación de financiación anterior.

Por todo ello y a la vista de dos escrituras con número de protocolo casi seguidos – opción de compra y carta de pago de cantidades que habría que satisfacer en un futuro al ejercitarla–, hay base suficiente para entender que existe una financiación por la sociedad optante, como acreedora, a la persona concedente como deudora mediante la entrega de una serie de cantidades, que en ese momento y según resulta de la segunda de las escrituras, ascienden a 350.000 euros; siendo el destinatario final no la concedente sino una sociedad que era titular de una opción anterior y otros intermediarios (extremo ya reseñado en detalle con anterioridad). Nótese, además, que ninguna de las perceptoras de las cantidades abonadas por la optante interviene en ninguna de las dos escrituras reseñadas (recordemos que los otorgantes de ambas son la optante y la concedente); y se reitera (en la segunda escritura) que, en caso de existir cargas en la finca en el momento del ejercicio, las cantidades para hacer efectivo sus pagos serán retenidas por la compradora.

Cabe apreciar, por tanto, que mediante los negocios celebrados se ha instrumentado un negocio indirecto de opción de compra con una finalidad de garantía de una financiación extraña a la causa del contrato de opción; y contraria a la prohibición del pacto comisorio, pues 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.

5. Asimismo, indica en la nota que se prevé que, al ejercitar la opción, el optante podrá descontar del precio de venta las cantidades pendientes de hipotecas u otras deudas, más allá de las que responda la finca, incluso (subsidiariamente) mediante un cálculo aproximado realizado por el optante, hasta el punto de que el optante puede reclamar el saldo a su favor. Así, se realiza una enumeración de deudas de distinta naturaleza que pueden deducirse del precio de compra, lo cual revela, como venimos apuntando, que la opción sirve de cobertura para que el optante financie al concedente y adquiera la finca sin pasar por un procedimiento ejecutivo, pudiendo incluso reclamarle cantidades de modo que no habrá pago alguno al ejercitarse la opción. Se contempla en la escritura, expresamente, que «en ningún caso se entenderá que la no aportación de los certificados de saldo dará lugar a una cláusula suspensiva, quedando completado el pago del precio de la presente opción de compra y dando perfectamente legitimado el

vendedor a reclamar al comprador cuantas cantidades considere oportunas por este concepto».

Lo expuesto conduce a la confirmación del defecto con arreglo a la doctrina de la Resolución de este Centro Directivo de 18 de julio de 2022, que literalmente indicó: «No obstante, debe confirmarse la nota de calificación es la denegación de la de la expresión relativa al pago del precio mediante un “cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento” según se prevé en la cláusula tercera del contrato para el caso de que dicho comprador manifieste una imposibilidad de aportar certificados de saldo pendiente de las deudas en que se haya subrogado o cuyo pago haya asumido. Esta cláusula contraviene el principio de determinación registral propio de nuestro sistema registral y puede suponer una contravención de la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes la validez del contrato (artículo 1256 del Código Civil)».

Por lo demás, tiene razón la calificación cuando afirma (a la vista de lo pactado en ambas escrituras) que puede darse el caso, de que acreedor mediante un «cálculo aproximado» ejerza la opción y detraiga unilateralmente del precio de compra los importes que considere convenientes; lo que hace suponer que lo deducido lo es por las cantidades anticipadas al cedente o por las deudas que este tenía frente a terceros hasta el punto de que no se pague al concedente al ejercitar la opción importe alguno. Sin olvidar, a mayor abundamiento, que tal cláusula dejaría indeterminada la cantidad a consignar, caso de ejercicio de la opción, frente a titulares de cargas posteriores. Añadir que, en el redactado de la escritura antes reseñado (otorgan cinco), se prevé una consignación que, de su tenor literal, parece que está solo pensada para el concedente de la opción, como beneficiario de la misma.

6. Por último, se prevé la posibilidad en última instancia de que, si el vendedor no acepta el burofax en el que se le requiera para acudir a la notaría a otorgar la escritura de venta, pueda ejercitarla unilateralmente el optante; añadiendo la calificación que –en ese caso– deduciendo los importes que considere convenientes y adquiriendo libre de cargas, por lo que podría darse el caso que no hubiera pago efectivo ninguno.

Este Centro Directivo ha admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho, siempre que haya exacto cumplimiento de los requisitos pactados para la inscripción a favor del optante. Y en Resolución de 18 de julio de 2022 (reiterada en otros posteriores), resolvió que el pacto que regula la forma de notificación a la parte concedente de la opción constituye una cláusula esencial del contrato.

Con carácter general se admite la notificación por medio de burofax, (cfr. Resolución de 14 de mayo de 2019), pero en nuestro caso, dada la trascendencia de los efectos resultantes del acto notificado (transmisión del dominio en ejercicio de derecho de opción), tal notificación debe ser realizada por conducto notarial. Y es que como ocurre en el caso de la condición resolutoria del artículo 1504 del Código Civil, que exige notificación notarial o judicial, éstas no solo acreditan la entrega y contenido de las notificaciones y requerimientos, sino que también «posibilitan la adecuada oposición del receptor»; todo ello facilitaría, con la voluntaria intervención del concedente, que se haya dado exacto cumplimiento de los requisitos pactados para la inscripción a favor del optante. Pero en el supuesto calificado, la inadmisibilidad del régimen de notificaciones pactado se hace más evidente si tomamos en consideración que la parte optante asume, a todos los efectos, que el hecho de no recibir los burofaxes que a tal efecto se le remitan no derivará en falta de notificación para el correcto ejercicio de la opción de compra, comprometiéndose a notificar cualquier cambio de domicilio.

Nótese que es regla general del sistema registral español la exigencia de que, en la transmisión del dominio, presten su consentimiento tanto el adquirente como el transmitente, por lo que el ejercicio unilateral de una opción de compra viene a ser una excepción, al permitir que se transmita el dominio sin que preste directamente su consentimiento el titular registral del derecho. Por lo demás, ya declaró la Resolución de este Centro Directivo de 14 de mayo de 2019, «(...) la regulación que los Reglamentos

Hipotecario y Notarial hacen respecto de los requerimientos y notificaciones ha de interpretarse de acuerdo con las exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos que la misma es interpretada por el Tribunal Constitucional: necesidad de diligencia en procurar el conocimiento personal por parte del afectado (Sentencia de 7 de mayo de 2012, por todas)». Doctrina reiterada en las Resoluciones de 25 de septiembre de 2019, 19 de febrero de 2020, 16 y 18 de marzo y 15 de abril de 2021, 15 de mayo de 2023 y 2 de octubre de 2024, entre otras.

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, 12 de febrero de 2025.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.