

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

6852 *Resolución de 12 de marzo de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de A Coruña n.º 3 a inscribir una escritura de opción de compra y condición resolutoria.*

En el recurso interpuesto por don Ignacio Maldonado Ramos, notario de Madrid, contra la negativa del registrador de la Propiedad de A Coruña número 3, don Enrique Martín Rodríguez Llorens, a inscribir una escritura de «opción de compra y condición resolutoria».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 8 de julio de 2024 por el notario de Madrid, don Ignacio Maldonado Ramos, con el número 2.000 de protocolo, de la que son otorgantes don G. A. T., por sí y representando a su esposa, doña V. M. A., como concedentes; don A. B. C. y doña M. C. R. E., como optantes, y la sociedad «Riscaldos Inversiones, SL», que compareció «a los solos efectos de recibir la cantidad que se realiza en nombre de su representada reseñada en la cláusula primera y en pago de la deuda que allí se dice», se constituyó un derecho de opción de compra y condición resolutoria sobre la finca registral número 26.512; sobre determinada participación indivisa de la finca registral número 26.470/G30, y sobre determinada participación indivisa de la finca registral número 26.470/T24, todas ellas del término municipal de Oleiros e inscritas en Registro de la Propiedad de A Coruña número 3.

II

Presentado dicha escritura en el Registro de la Propiedad de A Coruña número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Enrique Rodríguez Llorens, registrador titular del Registro de la Propiedad de A Coruña N.º 3, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, ha calificado el precedente documento que causó el Asiento de presentación 2098 del Diario 2024, en base a los siguientes Hechos y fundamentos de Derecho:

Primero. El Asiento de presentación 2098 del Diario 2024, de fecha quince de octubre del año dos mil veinticuatro, es consecuencia de la presentación de una copia autorizada de la escritura otorgada en Madrid el siete de julio de dos mil veinticuatro ante el Notario Ignacio Maldonado Ramos, número 2000/2024 de protocolo, a medio de la cual G. A. T., casado bajo el régimen legal de gananciales con V. M. A., en su propio nombre y en el de su esposa, concede a favor de A. B. G. y M. C. R. E., un derecho de opción de compra y condición resolutoria, sobre las fincas registrales 26512 – CRU 15017000426930–, 26470/G30 –CRU 15017000737531– y 26470/T24 – CRU 15017000737548– del término municipal de Oleiros.

Segundo. No se establece la proporción en la que se adquiere por los optantes, A. B. G. y M. C. R. E., el mencionado derecho de opción, contraviniendo el artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

Tercero. El derecho de opción pactado, lejos de su contenido real típico, aun cuando las partes así lo quieren vestir, tiene una causa completamente distinta, siendo en realidad un derecho en función de garantía, como lo demuestra que:

– El plazo de la opción de 15 meses (hasta el 10 de octubre de 2025), no puede ejercitarse hasta el día 1 de julio de 2025, lo que es completamente anómalo, como ya puso de manifiesto, en caso similar, a muy reciente resolución de la DGSJFP de 9 de setiembre de 2024, a determinar que “... No ha de olvidarse que la esencia del derecho de opción consiste en que concede a su titular la facultad de decisión respecto a la eficacia de un contrato o una adquisición; y en función de las diversas modalidades que puede revestir la opción, su ejercicio podrá limitarse a poner en marcha un determinado contrato, haciendo exigibles las obligaciones que derivan del mismo, o producirá la adquisición de la propiedad, si tal ejercicio cumple las condiciones previamente establecidas. En cualquier caso, lo que conviene poner de manifiesto es que el concedente queda a expensas de la voluntad del optante, quien podrá decidir entre dar eficacia o no al derecho de opción; y como se verá, en este caso no sucede exactamente así, dado que la causa es otra y ésta se aparta de la función económico social del contrato/derecho de opción (real en este caso)...

... porque es evidente que, si hay un plazo de un año en el que la opción no puede ejercitarse; y una vez transcurrido éste sí que se puede, pero ajustando contablemente lo que teóricamente habría de deducir, del teórico precio a pagar, lo que haya entregado antes al concedente (por una serie de conceptos más que heterogéneos y que se alejan de la operativa propia y función económico social de una opción de compra), es que la opción queda desactivada si, antes del ‘dies a quo’ para ejercitar la opción (pues antes el ejercicio queda. en suspenso), el optante ha sido resarcido de lo que haya anticipado al concedente. Un claro indicio, por tanto, de una financiación que se garantiza con la opción pactada (al ejercitarla, el concedente hace suya la finca y liquida, incluso a su bien criterio, lo abonado previamente al concedente).

Cuarto. Además se sujeta a una condición resolutoria, que lejos de proponer una verdadera garantía de un derecho pactado, no es más que una nueva constatación de la función de garantía de la propia opción otorgada, ya que la misma se ejercita, no por la ocurrencia de un suceso futuro o incierto cuyo cumplimiento desencadenara la resolución, sino que, como literalmente se dice, los concedentes podrán dejar sin efecto si... “Antes del día 10 de octubre de 2025, otorgue una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción de compra...” de donde se deduce que la mera voluntad de una de las partes puede dejar sin efecto lo pactado, contraviniendo principios tan básicos como el del art. 1255 y 1256 del Código Civil.

Quinto. La propia dinámica establecida en la escritura nos da, de nuevo, una pista más de que la verdadera voluntad de las partes no es conceder una opción sino un derecho en función de garantía, cuando se determinan los precios de compraventa de los distintos bienes objeto de opción, se establece entre otras consideraciones que “...la finca no podrá tener cargas posteriores a las que constan en la presente escritura”, ya que eso es causa de ejecución de la opción. Y la misma aseveración consta dentro del otorgado tercera de condición resolutoria. Lo que es totalmente improcedente para un derecho de opción inscrito que como tal funcione ya que como señala la DGSJFP en la Resolución antes citada:

– ... Pero, además, no ha de olvidarse la dinámica de la prioridad registral, caso de ejercicio de una opción real, cuya operativa se quebraría, en casos como el que nos ocupa, por el propio ejercicio de la opción. 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, ello que conlleva es la cancelación de los derechos posteriores tal como prevé el artículo 79.2 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); previsión que, a la vista de lo expuesto, brilla aquí por su ausencia. Por esa razón no tiene sentido alegar (en el recurso) que el optante necesita ponerse cubierto de actuaciones posteriores del concedente (“[...] –sobre todo por las cargas que puedan pesar sobre el inmueble– por la conducta que pudiera mostrar la parte concedente [...]”); pues si aquel ejercita la opción se operaría la resolución (con una eventual y teórica consignación a favor de acreedores) de esas supuestas actuaciones posteriores. Por tal razón, lo que en realidad viene a ocurrir en el caso que nos ocupa, 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, toda vez que, llegado el caso, el optante se indica puede determinarlas a su buen criterio; por ello tiene razón la registradora cuando afirma que ello 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), pues lo que implica el inciso en cuestión es que quedaría indeterminada la cantidad a consignar, caso de ejercicio de la opción, a favor de titulares de cargas posteriores. 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.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, resuelvo denegar la práctica de las inscripciones solicitadas por los defectos alegados que se califican de esenciales que afectan a la naturaleza del negocio.

A Coruña, en la fecha de la firma electrónica. El Registrador.

Contra la presente nota de calificación (...).

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Enrique Rodríguez Llorens, registrador/a titular de A Coruña n.º 3 a día seis de noviembre del dos mil veinticuatro.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Ignacio Maldonado Ramos, notario de Madrid, interpuso recurso el día 26 de diciembre de 2024 mediante escrito del siguiente tenor:

«Dice:

I. Que ha tenido conocimiento de la calificación efectuada por el Sr. Registrador de la Propiedad del Registro número 3 de los de A Coruña, Don Enrique Rodríguez Llorens, respecto de la escritura que luego se dice.

II. Que no estando conforme con dicha calificación, mediante el presente escrito, interpone recurso frente a ella con base en los siguientes

Hechos.

Primero. Documento calificado.–La escritura de Opción de Compra y Condición resolutoria otorgada ante mí el 8 de julio del corriente año, con el número 2.000 de mi protocolo.

Segundo. Presentación.–La copia autorizada de la escritura reseñada se presentó con carácter telemático en el Registro de la Propiedad número 3 de los de A Coruña el mismo día de su autorización, bajo el número 4263 que dio lugar al asiento 901 del Libro Diario.

Tercero. Calificación.–El documento ha sido calificado negativamente por el señor Registrador de la Propiedad, alegando cómo defectos, en primer lugar, que no se

especifica la proporción en que los componentes de la parte optante adquieren el derecho de opción de compra allí constituido; en segundo, que el mismo tiene una causa diferente de su contenido real típico, siendo en realidad un derecho en función de garantía; en tercer lugar, que queda sujeto a una condición resolutoria, que no es una verdadera garantía de un derecho pactado; y, en cuarto lugar, que se hace constar la prohibición de que la finca resulte a la postre con cargas posteriores diferentes a las que constan en el momento del otorgamiento, lo cual considera improcedente para un derecho de opción inscrito.

Se apoya al efecto en la doctrina, que estima aplicable, sentada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su Resolución de 9 de septiembre de 2024.

Fundamentos de Derecho.

En cuanto al primero de los defectos citados, se apoya en la dicción del artículo 54 del vigente Reglamento Hipotecario, cuando establece que las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.

Sin entrar en más consideraciones al respecto, esta omisión se puede suplir con una rectificación del texto al amparo del artículo 153 del vigente Reglamento Notarial, por lo cual queda excluido del contenido del presente recurso, que se plantea respecto de los restantes defectos enumerados en la nota.

Hay que centrarse entonces en la calificación respecto del negocio jurídico contenido en la escritura de referencia, al cual se atribuye el carácter de “un derecho en función de garantía”, lo cual entiende indica que su causa es completamente distinta al contenido real típico del derecho de opción.

Se basa para ello en la doctrina sentada por el Centro Directivo en la resolución indicada, donde se proscribe lo que se podría denominar cierto “enmascaramiento” de negocios jurídicos destinados a establecer una garantía sobre una financiación, creando una apariencia de otro contrato distinto, con el fin de evitar la aplicación de las reglas de ejecución de dicha garantía establecidas al efecto en la ley. Y encuentra el fundamento de la aplicación de dicha doctrina al caso controvertido en ciertas cláusulas contenidas en la escritura, las cuales estima coincidentes con las estudiadas en la citada resolución.

Sin embargo, esa caracterización del negocio jurídico que se efectúa en el título calificado es claramente errónea. En efecto, en la escritura se expresa con total sinceridad y absoluta claridad la causa concreta del contrato, ya que, una vez convenida la compraventa del inmueble, se constata la insuficiencia del precio ofrecido para la parte vendedora, y la posibilidad de obtener uno mejor en un momento posterior. El mecanismo introducido al efecto busca garantizar la posibilidad de obtener ese precio más favorable para la parte vendedora, junto con la de culminar la adquisición para la compradora en caso de que no se consiga. Y se considera que la figura contractual que mejor encaja para dichos fines en la del contrato de opción de compra, caracterizado por establecer un derecho de adquisición futura, a ejercer necesariamente en un plazo determinado, para la parte optante y futura compradora, junto con la posibilidad de que la concedente y futura vendedora obtenga cómo contraprestación al efecto un desembolso inicial, susceptible de ser aplicado al precio a pagar al final.

Al amparo del principio de libertad contractual reconocido en el artículo 1.255 del vigente Código Civil, y para encajar dentro de las intenciones de las partes, dicha figura contractual queda en el caso sometida además a un plazo suspensivo inicial, durante el cual se prevé la posibilidad de llegar a obtener ese mejor precio contemplado por las partes, combinado con una facultad resolutoria para el comprador en caso de que al final le convenga más prescindir de la transmisión prevista en la opción, y todo ello con las reglas necesarias para proceder a la devolución de las prestaciones verificadas entre las partes, en su caso.

Además, y por conveniencia de las mismas, y siempre al amparo de la regla de libertad de pactos, el precio de la opción se vincula con el de la compraventa futura. Se

le da así no sólo el carácter y efectos de anticipo del precio final, sino también el de arras o señal. Y ello tanto para el caso de que al final se obtenga ese mejor precio y no se llegue a ejecutar la opción, con la subsiguiente obligación de restitución, cómo para el supuesto en que sí que se culmine la compraventa inicialmente prevista, y se puedan aplicar dichas arras al precio de la misma.

Dicha cantidad se incrementa con otra en concepto también de anticipo, y el importe total de ambas se entrega en el momento del otorgamiento, especificándose con toda transparencia que el destino de las mismas es en parte el de pagar ciertos gastos generados por la operación.

No hay, pues, financiación encubierta alguna ni elusión de ningún mecanismo de ejecución al efecto tipificado. La intención de las partes queda paladinamente expresada en el texto de la escritura, y las disposiciones en ella contenidas se ajustan a dichos fines sin subvertir regla legal alguna.

Frente a estas consideraciones, la calificación aquí recurrida considera, en primer lugar, que el texto en cuestión es “completamente anómalo”, ya que introduce un plazo hasta el transcurso del cual no se puede ejercitar la opción. Y ello a pesar de que dicha posibilidad está plenamente admitida para todos los contratos en el artículo 1.125 del Código Civil y el 14 del Reglamento Hipotecario.

Manifiesta apoyarse en la indicada resolución de la propia Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, donde se estudia un supuesto determinado, en el cual el Centro Directivo considera que, en efecto, el derecho de opción allí pactado pretende en realidad garantizar una financiación encubierta y eludir el mecanismo de ejecución legalmente previsto.

Para justificar la aplicación de la doctrina allí citada, cita textualmente determinadas partes del texto de esta que considera aplicables al caso.

Sin embargo, las citas que trae a colación se refieren, cómo es lógico, al supuesto concretamente examinado en dicha resolución, y no se corresponden con el contenido de la escritura calificada.

En efecto, la anomalía expresada se refiere a la determinación de un plazo hasta el transcurso del cual no se puede ejercitar la opción. Considera entonces aplicable al caso la declaración que transcribe de dicha resolución, en el sentido de que, cuando para ejecutar el derecho pactado, llegada la fecha de ejercicio del mismo, esto habría de hacerse “ajustando contablemente lo que teóricamente habría de deducir, del teórico precio a pagar, lo que haya entregado antes al concedente, por una serie de conceptos heterogéneos y que se alejan de la operativa propia y función económico y social de una opción de compra”. Con la conclusión de que la opción quedaría “desactivada” si “antes” del “dies a quo” para ejercitarla, “el optante ha sido resarcido de lo que haya anticipado al concedente”.

Pues bien, es cierto que, según resulta de su texto, en la escritura objeto de la indicada resolución se habían previsto una serie de conceptos susceptibles de generar una minoración en el precio de venta pactado, tales como ciertas cantidades retenidas para cancelar cargas existentes, deudas con la comunidad de propietarios o Impuestos de Bienes Inmuebles, llegando incluso a incluir “cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización”.

Sin embargo, en la operación que es objeto del presente recurso no existen prevenciones similares. Del precio de venta sólo se pueden deducir las cantidades efectivamente desembolsadas previamente, es decir, el precio de la opción y arras y los anticipos, todo lo cual se integra perfectamente en la operativa propia de una opción de compra y carece en absoluto del carácter de “heterogeneidad” empleado en la resolución de referencia.

Del mismo modo, si los concedentes ejercen su derecho a desistir de la operación por haberse cumplido la condición pactada, al haber obtenido un precio superior, habrán de reembolsar el duplo de la parte entregada en concepto de arras, lo cual no es sino la aplicación exacta de lo que al respecto se establece con carácter general en el artículo 1.454 del vigente Código Civil.

No puede detectarse entonces ningún indicio de una “función de garantía” encubierta, ya que todas las estipulaciones relativas al precio, su entrega y su eventual restitución están plenamente integradas dentro de la mecánica habitual de los contratos traslativos del dominio sin que, a diferencia del caso estudiado en la Resolución de 9 de septiembre pasado, se incluyan conceptos que pudieran calificarse de “heterogéneos” al efecto.

En segundo lugar, en la calificación aquí recurrida se reprocha también la sujeción del contrato a una condición resolutoria, lo cual considera implica una nueva constatación de esa “función de garantía” a la que atribuye la verdadera esencia del contrato escriturado. Se basa para ello en que tal condición no depende de un suceso futuro e incierto sino de la mera voluntad de una de las partes, lo que entiende contraviene los artículos 1.255 y 1.256 del Código Civil.

Pero estas afirmaciones ya no encuentran apoyo en el texto de la antes citada resolución de 9 de diciembre pasado. Por eso, hay que traer aquí a colación otra, del mismo Centro Directivo, de 15 de diciembre de 2.023, donde se estudia una cláusula idéntica. Planteada así la viabilidad de la condición pactada, en dicho supuesto la Dirección General reconoce el carácter mixto de la misma, invocando su propia doctrina y la del Tribunal Supremo al respecto. Considera así que la condición es dependiente, tanto de la voluntad de uno de los contratantes como de la producción de un hecho incierto o avatar externo, concluyendo en que no desfigura la naturaleza del derecho de opción y en que se basa en un hecho objetivo, que depende del mercado inmobiliario, desestimando en consecuencia el defecto en dicho caso planteado, lo cual se solicita aquí también por las mismas razones.

El siguiente punto de la nota de calificación estudia la mención que se hace en el clausulado a una vinculación de la ejecución de la opción pactada al hecho de que la finca objeto de la misma no tenga cargas posteriores. Considera que esto es “totalmente improcedente” y, retomando el criterio de la resolución de 9 de septiembre pasado, estima que supone otro indicio de que la verdadera voluntad de las partes es la de establecer un “derecho en función de garantía”.

Para justificar tal aserto transcribe literalmente otros dos párrafos de la indicada resolución. Pero los mismos no son aplicables a este caso, pues en realidad lo que hacen es completar el párrafo que figura en dicha resolución de 9 de diciembre y que ya ha sido traído a colación aquí previamente, en el primer punto de este recurso, al comentar lo relativo a la fijación de un plazo suspensivo para el ejercicio de la opción.

Así, en dichos párrafos se hace referencia a la relación entre la prioridad registral de los asientos inscritos y el derecho de opción, por lo que el ejercicio de este último provocaría la cancelación de los asientos posteriores a su inscripción, con el necesario depósito, en su caso, de las cantidades correspondientes a los titulares de dichos asientos posteriores. Y allí se reprocha a la escritura objeto de la misma la falta de una prevención para determinar la cuantía y titularidad de dichos derechos, lo cual entiende se deja a lo que denomina “buen criterio” del propio optante.

Pero no consta que ni en la escritura ni en la nota de calificación de la misma que fueron objeto de dicha resolución de 9 de septiembre pasado aparezca ninguna mención a una posible condición resolutoria. Lo que sí resulta que el comentario al respecto que allí hace el Centro Directivo responde a ciertas alegaciones formuladas en el recurso que dio origen a esa misma resolución antes indicada, que desestima precisamente por la existencia de ese mecanismo legal de “purga” de los asientos posteriores antes indicado.

Por eso, el contenido de los párrafos transcritos en la nota de calificación no es aplicable a la escritura objeto de este recurso. Es evidente que ninguna norma impide que se establezca la exigencia de que no se hayan constituido nuevas cargas sobre el inmueble al momento de ejercitar la opción. Que, de existir estas, las mismas deban ser cuantificadas y resulten aseguradas con el posible sobrante del precio de la venta, no impide que su mera existencia pueda ser un obstáculo para los intereses del optante, dados los múltiples inconvenientes que la misma puede suponer en el mercado. Nada obsta entonces para que, en uso de su voluntad, libremente ejercida, los interesados

opten por evitar esa posibilidad mediante un pacto expreso al respecto. Y nada permite presumir tampoco que dicha convención “destape” la existencia de una garantía encubierta. Estando el derecho del optante inscrito con carácter prioritario en el Registro de la Propiedad, nada le pueden hacer temer los actos posteriores del concedente sobre el inmueble. La interdicción de las cargas posteriores es una mera prevención, que no altera en absoluto el entramado contractual pactado, ni desvirtúa el carácter genuino de la opción objeto del mismo.

En definitiva, las cláusulas y disposiciones contenidas en la escritura calificada objeto de la presente no subvierten en modo alguno la naturaleza y caracterización del derecho real de opción de compra, y nada permite presumir una intención de disfrazar una garantía de una financiación encubierta.

En base a todo lo anterior, el abajo firmante,
Solicita:

Se admita el presente escrito, teniendo por interpuesto recurso frente a la calificación dicha, procediendo, previos los trámites correspondientes, a dictar resolución por la que se revoque la nota de calificación recurrida a los efectos del artículo 76 del vigente Reglamento Mercantil.»

IV

El registrador de la Propiedad mantuvo su calificación y, en unión del preceptivo informe, elevó el expediente a este Centro Directivo para su resolución.

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, 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, 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 y 12 de febrero de 2025.

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

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Ignacio Maldonado Ramos, el día 8 de julio de 2024, número 2.000 de protocolo, de la que son otorgantes: don G. A. T., por sí y representando a su esposa, doña V. M. A., como concedentes; don A. B. C. y doña M. C. R. E., como optantes, y la sociedad «Riscaldos Inversiones, SL», que compareció «a los solos efectos de recibir la cantidad que se realiza en nombre de su representada reseñada en la cláusula primera y en pago de la deuda que allí se

dice»; se constituyó un derecho de opción de compra y condición resolutoria, sobre la finca registral número 26.512 (vivienda), sobre determinada participación indivisa de la registral número 26.470/G30 (plaza de aparcamiento), y sobre determinada participación indivisa de la registral 26.470/T24 (trastero); todas ellas del término municipal de Oleiros e inscritas en el Registro de la Propiedad de A Coruña número 3.

De la citada escritura, y por ser de interés a la presente resolución, se transcriben los siguientes particulares:

– Se manifiesta que los concedentes de la opción han venido negociando la venta de las fincas descritas, y fruto de dicha negociación, finalmente ha convenido un precio, que de mutuo acuerdo ha fijado de forma preliminar, de 85.000 euros la vivienda; 10.000 euros el aparcamiento y 3.000 euros el trastero. Que los concedentes han afirmado –sic en la escritura– la posibilidad de obtener un precio superior, a la vista de las condiciones de mercado; y los optantes, que el precio total convenido de 98.000 euros es el que corresponde a las condiciones del actual mercado. Y que, teniendo en cuenta que a los concedentes les urge la venta de las fincas descritas (y obtener así de forma inmediata al menos una parte del precio), se respetaba que pudieran obtener un precio superior por las fincas en los próximos meses, como condición impuesta para el acuerdo de venta.

– Se fijaba un importe para la prima de la opción de 12.000 euros la vivienda; 2.000 euros el aparcamiento y de 1.000 euros el trastero. En los tres casos y respecto de cada finca, se asignaba a dichas sumas el carácter de arras o señal de la compraventa, y además el de anticipo de precio para el mismo para el caso de que fuera dejado sin efecto por las dos partes hasta el día 10 de octubre de 2025 (debiendo entonces devolverse duplicadas dichas arras o señal). Se entregó adicionalmente y para cada finca, una cantidad a la que se le asignaba el carácter de anticipo del precio de compra, pactándose que si los concedentes encontraban (en los plazos que se fijaban) un comprador que ofreciera un precio superior, se les permitía dejar sin efecto la opción, estipulándose a tal fin una condición resolutoria en los términos que se pactaban en la escritura.

– Se pactó en la escritura calificada que se procedía a la entrega de la cantidad de 7.740 euros a determinada mercantil, por honorarios de intermediación; 5.200 euros a otra mercantil, por una deuda que mantenía con ella una sociedad unipersonal propiedad de uno de los concedentes, y 7.260 euros a favor de otra mercantil, por servicios de intermediación inmobiliaria. Finalmente, y por lo que respecta a la suma de 21.800 euros, se abonaba a los concedentes por medio de cheque bancario.

– Se estableció un plazo para ejercer la opción de compra de quince meses (desde el otorgamiento de la escritura) y hasta el día 10 de octubre de 2025; no pudiéndose ejercerse la opción hasta el día 1 de julio de 2025.

– Literalmente se pactó: «El impago de la cuota de la hipoteca facultará a la parte optante para el ejercicio de la opción de compra, sin necesidad de esperar al reseñado día 1 de julio de 2025. La finca no podrá tener cargas posteriores a las que constan en la presente escritura. Si el concedente suscribiere cargas posteriores será causa de ejecución de la opción minorándose el importe de venta aquí acordado en el importe de la carga suscrita con posterioridad a este acto por el concedente. Del mismo modo también será causa de ejecución de la opción antes del plazo aquí acordado el impago de dos cuotas de las hipotecas que actualmente gravan la finca».

– Se indicaba que llegado el día 10 de octubre de 2025 sin que se haya ejercitado la opción de compra (mediante el otorgamiento de la escritura pública de ejercicio de la misma y habiéndose cumplido lo relativo al pago del precio en dicho acto), quedaría extinguido el derecho real de opción de compra; pudiendo el mismo cancelarse en el Registro de la Propiedad, en una de las formas que se preveían en la escritura.

– Que si los optantes llegaban a ejercitar la opción de compra: «(...) podrán formalizar por sí mismo, unilateralmente, la compraventa de la finca descrita, a cuyo efecto bastará con que otorgue por sí misma la escritura de compraventa de las fincas en ejercicio de la opción, entendiéndose prestado el consentimiento del vendedor por medio del presente otorgamiento de forma irrevocable, por otorgarse un derecho real de

opción de compra. En tal supuesto, para que se entienda perfeccionada la compraventa, será necesario que se pague el precio de forma simultánea, lo que se hará del modo siguiente: En cuanto al resto del precio de la compra, es decir, la cantidad de cincuenta y seis mil euros (56.000,00 €) coincidente con el importe pendiente de amortizar del préstamo con garantía hipotecaria que gravan las fincas 1 y 2, y a que se ha hecho mención en el apartado de cargas, la retendrá la parte compradora en su poder, con el fin de hacer frente al pago del mismo, asumiendo la condición de parte deudora en el citado préstamo, solicitando de la Entidad Acreedora libere al primitivo deudor de su responsabilidad en cuanto al pago de dicho préstamo (...) El resto del precio, se consignará a favor de la concedente».

– Que los concedentes podrían dejar sin efecto la opción si se cumplía la siguiente condición resolutoria: «Que antes del día 10 de octubre de 2025, otorgue una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción de compra, y a la vez devuelva el precio de la opción de compra o arras por las cuantías que se han acordado en los párrafos anteriores».

Y, además, que los optantes podrían inscribir la escritura de ejercicio de opción de compra formalización de la compraventa, manifestando que los concedentes «no han cumplido la condición resolutoria de la opción de compra, y no conste en el Registro de la Propiedad al menos el asiento de presentación de la escritura que acreditara el cumplimiento de la condición resolutoria. La finca no podrá tener cargas posteriores a las que constan en la presente escritura. Si el concedente suscribiere cargas posteriores será causa de ejecución de la opción minorándose el importe de venta aquí acordado en el importe de la carga suscrita con posterioridad a este acto por el concedente. Del mismo modo también será causa de ejecución de la opción antes del plazo aquí acordado el impago de dos cuotas de la hipoteca que actualmente grava la finca».

Se deniega la calificación en base a los siguientes defectos:

– No se establece la proporción en la que se adquiere por los optantes, el mencionado derecho de opción, contraviniendo el artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

– El derecho de opción pactado, lejos de su contenido real típico, aun cuando las partes así lo quieren vestir, tiene una causa completamente distinta, siendo en realidad un derecho en función de garantía; como lo demuestra que el plazo de la opción de 15 meses (hasta el día 10 de octubre de 2025) no puede ejercitarse hasta el día 1 de julio de 2025, lo que es completamente anómalo, como ya puso de manifiesto, en caso similar, la muy reciente Resolución de esta Dirección General de 9 de setiembre de 2024. Y porque es evidente que, si hay un plazo de un año en el que la opción no puede ejercitarse, y una vez transcurrido éste sí que se puede, pero ajustando contablemente lo que teóricamente habría de deducir (del teórico precio a pagar); lo que haya entregado antes al concedente (por una serie de conceptos más que heterogéneos y que se alejan de la operativa propia y función económico social de una opción de compra), es que la opción queda desactivada si, antes del «dies a quo» para ejercitar la opción (pues antes el ejercicio queda en suspenso), el optante ha sido resarcido de lo que haya anticipado al concedente. Un claro indicio, por tanto, de una financiación que se garantiza con la opción pactada (al ejercitarla, el concedente hace suya la finca y liquida, incluso a su buen criterio, lo abonado previamente al concedente).

– Además, se sujeta a una condición resolutoria que, lejos de proponer una verdadera garantía de un derecho pactado, no es más que una nueva constatación de la función de garantía de la propia opción otorgada, ya que la misma se ejercita, no por la ocurrencia de un suceso futuro o incierto cuyo cumplimiento desencadenara la resolución; sino que, como literalmente se dice, los concedentes la podrían dejar sin efecto si «(...) Antes del día 10 de octubre de 2025, otorgue una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción de compra (...)»; de donde se deduce que la mera voluntad de una de las partes puede dejar sin efecto lo

pactado, contraviniendo principios tan básicos como el del artículos 1255 y 1256 del Código Civil.

– Que la propia dinámica establecida en la escritura nos da, de nuevo, una pista más de que la verdadera voluntad de las partes no es conceder una opción, sino un derecho en función de garantía, cuando se determinan los precios de compraventa de los distintos bienes objeto de opción, y se establece entre otras consideraciones que «(...) la finca no podrá tener cargas posteriores a las que constan en la presente escritura», ya que eso es causa de ejecución de la opción. Y la misma aseveración consta dentro del otorgan tercero de condición resolutoria; lo que es totalmente improcedente para un derecho de opción inscrito que como tal funcione ya que como señala esta Dirección General en la Resolución antes citada.

No se recurre por el notario autorizante el defecto basado en la contravención del artículo 54 del Reglamento Hipotecario, y sí el resto de la nota, argumentándose:

– La caracterización del negocio jurídico que se efectúa en el título calificado, como constitución de un derecho en función de garantía, es claramente errónea, ya que en la escritura se expresa con total sinceridad y absoluta claridad la causa concreta del contrato; si una vez convenida la compraventa del inmueble, se constata la insuficiencia del precio ofrecido para la parte vendedora y la posibilidad de obtener uno mejor en un momento posterior.

El mecanismo introducido al efecto busca garantizar la posibilidad de obtener ese precio más favorable para la parte vendedora, junto con la de culminar la adquisición para la compradora en caso de que no se consiga. Y se considera que la figura contractual que mejor encaja para dichos fines en la del contrato de opción de compra, caracterizado por establecer un derecho de adquisición futura, a ejercer necesariamente en un plazo determinado, para la parte optante y futura compradora, junto con la posibilidad de que la concedente y futura vendedora obtenga cómo contraprestación al efecto un desembolso inicial, susceptible de ser aplicado al precio a pagar al final.

– Siempre al amparo de la regla de libertad de pactos, el precio de la opción se vincula con el de la compraventa futura, y se le da así no sólo el carácter y efectos de anticipo del precio final, sino también el de arras o señal; tanto para el caso de que al final se obtenga ese mejor precio y no se llegue a ejecutar la opción, con la subsiguiente obligación de restitución, cómo para el supuesto en que sí que se culmine la compraventa inicialmente prevista, y se puedan aplicar dichas arras al precio de la misma. Dicha cantidad se incrementa con otra en concepto también de anticipo, y el importe total de ambas se entrega en el momento del otorgamiento, especificándose con toda transparencia que el destino de las mismas es en parte el de pagar ciertos gastos generados por la operación.

No hay, pues, financiación encubierta alguna ni elusión de ningún mecanismo de ejecución al efecto tipificado. La intención de las partes queda paladinamente expresada en el texto de la escritura, y las disposiciones en ella contenidas se ajustan a dichos fines sin subvertir regla legal alguna.

– Del precio de venta sólo se pueden deducir las cantidades efectivamente desembolsadas previamente, es decir, el precio de la opción y arras y los anticipos, todo lo cual se integra perfectamente en la operativa propia de una opción de compra y carece en absoluto del carácter de «heterogeneidad» empleado en la resolución de referencia.

«Del mismo modo, si los concedentes ejercen su derecho a desistir de la operación por haberse cumplido la condición pactada, al haber obtenido un precio superior, habrán de reembolsar el duplo de la parte entregada en concepto de arras, lo cual no es sino la aplicación exacta de lo que al respecto se establece con carácter general en el artículo 1.454 del vigente Código Civil. No puede detectarse entonces ningún indicio de una “función de garantía” encubierta, ya que todas las estipulaciones relativas al precio, su entrega y su eventual restitución están plenamente integradas dentro de la mecánica habitual de los contratos traslativos del dominio sin que, a diferencia del caso estudiado

en la Resolución de 9 de septiembre pasado, se incluyan conceptos que pudieran calificarse de “heterogéneos” al efecto.»

– En la calificación recurrida, se reprocha también la sujeción del contrato a una condición resolutoria, lo cual considera implica una nueva constatación de esa “función de garantía” a la que atribuye la verdadera esencia del contrato escriturado; y se basa para ello en que tal condición no depende de un suceso futuro e incierto, sino de la mera voluntad de una de las partes, lo que entiende contraviene los artículos 1255 y 1256 del Código Civil. Alega el recurrente la Resolución del Centro Directivo de 15 [así en el recurso, aunque ha de referirse al día 14] de diciembre de 2023, donde se estudia una cláusula idéntica. Planteada así la viabilidad de la condición pactada, en dicho supuesto la Dirección General reconoce el carácter mixto de la misma, invocando su propia doctrina y la del Tribunal Supremo al respecto.

Alega también que la condición es dependiente, tanto de la voluntad de uno de los contratantes como de la producción de un hecho incierto o avatar externo, concluyendo en que no desfigura la naturaleza del derecho de opción y en que se basa en un hecho objetivo, que depende del mercado inmobiliario, desestimando en consecuencia el defecto en dicho caso planteado, lo cual se solicita aquí también por las mismas razones.

– que ninguna norma impide que se establezca la exigencia de que no se hayan constituido nuevas cargas sobre el inmueble al momento de ejercitar la opción, y que de existir éstas, las mismas deban ser cuantificadas y resulten aseguradas con el posible sobrante del precio de la venta, ello no impide que su mera existencia pueda ser un obstáculo para los intereses del optante, dados los múltiples inconvenientes que la misma puede suponer en el mercado. Nada obsta entonces para que, en uso de su voluntad libremente ejercida, los interesados opten por evitar esa posibilidad mediante un pacto expreso al respecto. Y nada permite presumir tampoco que dicha convención «destape» la existencia de una garantía encubierta.

Estando el derecho del optante inscrito con carácter prioritario en el Registro de la Propiedad, nada le pueden hacer temer los actos posteriores del concedente sobre el inmueble; la interdicción de las cargas posteriores es una mera prevención, que no altera en absoluto el entramado contractual pactado, ni desvirtúa el carácter genuino de la opción objeto del mismo.

2. Así las cosas, y no recurriéndose el primero de los defectos de la nota de calificación, la cuestión se centra de nuevo en la problemática de las opciones de compra y su relación con el pacto comisorio (posible función de garantía de aquellas). Aclarar, también, que no procede el examen y análisis otras cuestiones que pudieran plantearse la vista del redactado de la escritura, toda vez que esta Resolución ha de limitarse a analizar el estricto contenido de la nota de calificación (en lo que es objeto de recurso).

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, y posteriores relacionadas en los «Vistos», siendo de especial relevancia esta última, 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 se declaró en las Resoluciones de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013 (y reiterado en muchas posteriores), 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, y posteriores citadas en los «Vistos»), 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 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 relevante 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, pues en modo alguno son aventuradas las conclusiones de la nota de calificación al estimar que lo que subyace es una operación de financiación asegurada con una garantía atípica prohibida. Y es que 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 especial a la luz del destino final de lo que se dice anticipar a cuenta del futuro ejercicio de la opción (y lo que se habría de devolver de no poder ejercitarse); y que hace bascular un negocio jurídico de matiz marcadamente unilateral, a otro bien distinto, de marcado matiz 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. Expuesto lo anterior, procede ahora examinar los tres defectos de la nota de calificación que se recurren (apartados tres cuatro y cinco, pues el del apartado dos de la nota no se recurre). El primero de los que se recurren señala: «El derecho de opción pactado, lejos de su contenido real típico, aun cuando las partes así lo quieren vestir, tiene una causa completamente distinta, siendo en realidad un derecho en función de garantía».

Entrando en su análisis, ha de tenerse en cuenta un dato ciertamente relevante de la escritura, cual es que, respecto de las fincas objeto de la opción de compra pactada, se fijó un importe para la prima de: 12.000 euros para la vivienda; 2.000 euros para el aparcamiento y de 1.000 euros para el trastero. En los tres casos –y respecto de cada

finca— se asignaba a dichas sumas el carácter de arras o señal de la compraventa y, además, el de anticipo de precio para el caso de que fuera dejada sin efecto (hasta el día 10 de octubre de 2025) por las dos partes; abonándose adicionalmente, respecto de cada finca, una cantidad conceptuada como anticipo del precio de compra.

Se estipuló, además, que, si los concedentes encontraban, en los plazos acordados, un comprador que les ofreciera un precio superior, se les permitía dejar sin efecto la opción, mediante una condición resolutoria de la misma en los términos de la escritura. E igualmente se procedió al abono de una cantidad de 7.740 euros a determinada mercantil por honorarios de intermediación; de 5.200 euros a otra mercantil por una deuda que mantenía con ella una sociedad unipersonal, propiedad de uno de los concedentes, y de 7.260 euros a favor de otra mercantil, por servicios de intermediación inmobiliaria. Por último y respecto de la suma de 21.800 euros (saldo final de lo que se anticipaba a los concedentes por los diversos conceptos en la escritura y que ascendía a 42.000 euros), se abonaba a los concedentes mediante cheque.

Pero hay un dato en la escritura que adquiere especial relevancia a la hora de analizar lo pactado y la intención de las partes (cfr. artículo 1281.2 del Código Civil), pues en ella se indica que, para cada finca objeto de la opción, se daba, al precio pactado como prima, el carácter, o más exactamente el efecto, de arras o señal del contrato de compraventa previsto; y además el carácter de anticipo de precio, para el caso de que fuera dejado sin efecto (tal contrato) por alguna de las dos partes desde este otorgamiento hasta el día 10 de octubre de 2025. Y se añadía que, si los concedentes optaran por dejar sin efecto la opción de compra y por tanto la futura compraventa, deberían devolverlo duplicado, «como se indica más adelante, como si se tratara de una señal en concepto de arras».

Reparase igualmente en otros datos no menos relevantes y que también resultan de la propia escritura:

- Se indica que a los concedentes les urge la venta de las fincas descritas, ya que les conviene obtener de forma inmediata al menos una parte del precio; y a los optantes les interesa la compra en las condiciones pactadas, pero respetando que los concedentes puedan obtener un precio superior por las fincas en los próximos meses.

- Se pactó –recordemos– que se procedía a la entrega de una cantidad de 7.740 euros a determinada mercantil, por honorarios de intermediación; 5.200 euros a otra mercantil por una deuda que mantenía con ella una sociedad unipersonal propiedad de uno de los concedentes; 7.260 euros a favor de otra mercantil, por servicios de intermediación inmobiliaria. Finalmente, y por lo que respecta a la suma de 21.800 euros se abonaba a los concedentes abonados mediante cheque.

Es decir, que de las sumas convenidas al concertarse la opción y se dicen anticipadas, una importante cantidad no es recibida finalmente por los concedentes; quienes, de conseguir una venta en mejores condiciones, pueden verse obligados a devolver, este caso además duplicadas, las sumas adelantadas y definidas como arras y a cuenta del precio de la venta.

Ello conduce a una conclusión racional: si del importe que se dice se anticipaba a los concedentes (que como se indicó se ha visto reducido sensiblemente tras determinados pagos a terceros por los conceptos antes señalados), luego han de devolver doblado lo recibido como arras o anticipo, hay elementos suficientes para considerar la opción pactada como una garantía de una operación de financiación, en la que siempre saldrá beneficiado el optante. Bien, recibiendo de manos del concedente, una suma sensiblemente superior a la que este recibió al concederse la opción; y si tal suma no pudiera retornarse, desembocar en la adquisición del bien (reteniendo el importe de una deuda hipotecaria), sin las garantías inherentes a todo proceso de ejecución tanto para el concedente, como para terceros.

Son por ello plenamente trasladables al caso las consideraciones que este Centro Directivo formuló en su Resolución de 9 de septiembre de 2024, al declarar: «(...) No ha de olvidarse que la esencia del derecho de opción consiste en que concede a su titular la

facultad de decisión respecto a la eficacia de un contrato o una adquisición; y en función de las diversas modalidades que puede revestir la opción, su ejercicio podrá limitarse a poner en marcha un determinado contrato, haciendo exigibles las obligaciones que derivan del mismo, o producirá la adquisición de la propiedad, si tal ejercicio cumple las condiciones previamente establecidas. En cualquier caso, lo que conviene poner de manifiesto es que el concedente queda a expensas de la voluntad del optante, quien podrá decidir entre dar eficacia o no al derecho de opción; y como se verá, en este caso no sucede exactamente así, dado que la causa es otra y ésta se aparta de la función económico social del contrato/derecho de opción (real en este caso) (...) porque es evidente que, si hay un plazo (...) en el que la opción no puede ejercitarse; y una vez transcurrido éste sí que se puede, pero ajustando contablemente lo que teóricamente habría de deducir, del teórico precio a pagar, lo que haya entregado antes al concedente (por una serie de conceptos más que heterogéneos y que se alejan de la operativa propia y función económico social de una opción de compra), es que la opción queda desactivada si, antes del “dies a quo” para ejercitar la opción (pues antes el ejercicio queda en suspenso), el optante ha sido resarcido de lo que haya anticipado al concedente. Un claro indicio, por tanto, de una financiación que se garantiza con la opción pactada (al ejercitarla, el concedente hace suya la finca y liquida, incluso a su bien criterio, lo abonado previamente al concedente)».

5. Continúa la nota señalando que la opción convenida «se sujeta a una condición resolutoria, que lejos de proponer una verdadera garantía de un derecho pactado, no es más que una nueva constatación de la función de garantía de la propia opción otorgada, ya que la misma se ejercita, no por la ocurrencia de un suceso futuro o incierto cuyo cumplimiento desencadenara la resolución, sino que, como literalmente se dice, los concedentes podrán dejar sin efecto si... “Antes del día 10 de octubre de 2025, otorgue una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción de compra...” de donde se deduce que la mera voluntad de una de las partes puede dejar sin efecto lo pactado, contraviniendo principios tan básicos como el del art. 1255 y 1256 del Código Civil».

Así las cosas, resulta que la actividad –«voluntad» dice la escritura– del concedente para dejar sin efecto la opción, no es otra que haber vendido la finca en el plazo en que el ejercicio de la opción queda en suspenso, lo que conlleva que tiene que devolver duplicada la cantidad que se ha conceptuado como arras y a cuenta del precio. Y si antes aludíamos a la necesidad de atender a la intención de las partes y desentrañar así la verdadera causa del contrato, vemos que lo antes expresado pone aún más de relieve la función de garantía de la opción pactada; pues si no se ha vendido y no se retorna lo recibido anticipadamente (duplicado en el caso de las arras), entonces el optante ejecuta la opción, adquiriendo la propiedad de los bienes, con lo que de nuevo reaparece la función de garantía de la opción pactada.

En resumen, que el juego de la condición, para que opere o no y produzca sus efectos, queda a la voluntad de una de las partes, por lo que es fundada la objeción de la calificación sobre el particular, cuando pone de relieve que ese efecto no se originaría «(...) por la ocurrencia de un suceso futuro o incierto cuyo cumplimiento desencadenara la resolución»; sino de la voluntad de uno u otra de las partes, contraviniéndose claramente los artículos 1255 y 1256 (especialmente este último) del Código Civil.

6. Y, por último, señala la calificación que la verdadera voluntad de las partes no es conceder una opción sino un derecho en función de garantía, pues cuando se determinan los precios de compraventa de los distintos bienes objeto de opción, se establece, entre otras consideraciones, que «(...) la finca no podrá tener cargas posteriores a las que constan en la presente escritura», ya que eso es causa de ejecución de la opción. La misma aseveración consta dentro del otorgado tercera de condición resolutoria; algo, cabría apostillar, totalmente extraño para la dinámica de un derecho de opción inscrito y, por supuesto, contradictorio con preceptos como el artículo 26 de la Ley Hipotecaria.

Y sin duda son trasladables al caso las consideraciones que este Centro Directivo formuló al respecto en su Resolución de 9 de septiembre de 2024: «(...) además, no ha de olvidarse la dinámica de la prioridad registral, caso de ejercicio de una opción real, cuya operativa se quebraría, en casos como el que nos ocupa, por el propio ejercicio de la opción. 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, ello que conlleva es la cancelación de los derechos posteriores tal como prevé el artículo 79.2 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); previsión que, a la vista de lo expuesto, brilla aquí por su ausencia.

Por esa razón no tiene sentido alegar (en el recurso) que el optante necesita ponerse cubierto de actuaciones posteriores del concedente ("[...] –sobre todo por las cargas que puedan pesar sobre el inmueble– por la conducta que pudiera mostrar la parte concedente [...]"); pues si aquel ejercita la opción se operaría la resolución (con una eventual y teórica consignación a favor de acreedores) de esas supuestas actuaciones posteriores. Por tal razón, lo que en realidad viene a ocurrir en el caso que nos ocupa, 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, toda vez que, llegado el caso, el optante se indica puede determinarlas a su buen criterio; por ello tiene razón la registradora cuando afirma que ello 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), pues lo que implica el inciso en cuestión es que quedaría indeterminada la cantidad a consignar, caso de ejercicio de la opción, a favor de titulares de cargas posteriores.

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