

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

3012 *Resolución de 22 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Segorbe, por la que se deniega la inscripción de una escritura de constitución de un derecho de opción de dación en pago.*

En el recurso interpuesto por don M. M. G., en nombre y representación y como Administrador solidario de la mercantil «Martínez y Ors, S.L.», contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Segorbe, doña Nieves María Fabado Colomer, por la que se deniega la inscripción de una escritura de constitución de un derecho de opción de dación en pago.

Hechos**I**

El día 17 de junio de 2010, la notaria de Segorbe, doña Isabel Cabezas Albiñana, autorizó una escritura, número 580 de su protocolo, por medio de la cual la compañía mercantil «Sierra IV, S.L.», dedicada a la promoción inmobiliaria, reconocía una serie de deudas a favor de la mercantil «Martínez y Ors, S.L.», y de unas personas físicas que facturaban como una comunidad de bienes, derivadas de ciertos trabajos de construcción de edificaciones que habían llevado a cabo estas últimas, y se constituía por la deudora, a favor de éstas, un derecho de opción de dación en pago recayente sobre diferentes inmuebles.

II

Presentada la escritura para su inscripción, es calificada negativamente por la registradora de la Propiedad de Segorbe mediante nota expedida el día 27 de noviembre de 2012, siendo el texto de su calificación el siguiente: «Registro de la Propiedad de Segorbe (Castellón). Documento presentado bajo el Asiento número 17, Diario 44, el día 9 de noviembre de 2012. Antecedentes de hecho. Con la fecha arriba indicada ha sido presentada en este Registro copia auténtica de escritura de opción de dación en pago otorgada ante el notario de Segorbe, María Isabel Cabezas Albiñana, el 17 de junio de 2010, número 580/2010 de protocolo. En el día de la fecha, el citado documento ha sido objeto de calificación por la registradora que suscribe, apreciando la existencia de defectos que impiden la práctica de la inscripción solicitada. Fundamentos de derecho: Primero.—Artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes de su Reglamento y 143 del Reglamento Notarial. Segundo: 1. Se suspende la inscripción solicitada por los siguientes hechos y los correspondientes fundamentos jurídicos explicados, ambos, a continuación: En primer lugar, en cuanto a la finca descrita con el número dos de las sitas en Segorbe, porque no consta inscrita como finca independiente con su propio folio real en el cual puedan inscribirse, conforme a los artículos 8 y 243 de la Ley Hipotecaria los actos, negocios, o derechos inscribibles recogidos en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. En concreto, la finca se describe en el título que motiva esta calificación como “local en entreplanta de 234,86 metros cuadrados, segregados de la finca registral 22213 de Segorbe”. En el apartado título, se identifica el mismo como la segregación formalizada por la misma notario autorizante, el 15 de junio de 2010. Este citado título, que convertía esta porción de la registral 22.213 en finca independiente por segregación, no fue inscrito y, por necesidad de la calificación unitaria, explico los motivos que dieron lugar, en su día, a la calificación desfavorable. La finca 22213 consta inscrita como local comercial

desarrollado en la planta baja y entreplanta primera: "Urbana. Obra nueva en construcción: Elemento número dos. Local comercial 1 desarrollado en la planta baja y entreplanta primera del edificio en Segorbe, con fachada principal recayente a la avenida (...) esquina calle (...) ambas sin número de policía, el cual tiene acceso independiente a través de puerta recayente a la Avenida (...) Está compuesto de: – Planta baja – desarrollada ésta en la planta baja del edificio–, sin distribución interior, tiene una superficie construida de doscientos setenta y un metros y veinte decímetros cuadrados, siendo su superficie útil de doscientos sesenta y tres metros y veintidós decímetros cuadrados. Esta planta, vista desde la Avenida (...): frente, dicha avenida; derecha entrando, caja de escaleras y ascensor del portal-zaguán I y cuarto de instalaciones del edificio y local comercial 3 de su misma planta; izquierda, meseta y rampa de acceso al garaje; y fondo, general del edificio. – Planta de altillo –desarrollada ésta en la entreplanta primera del edificio–, sin distribución interior, tiene una superficie construida de trescientos cuatro metros y veinte decímetros cuadrados, siendo su superficie útil de doscientos noventa y un metros y ochenta y ocho decímetros cuadrados. Esta planta, vista desde la avenida (...): frente, dicha avenida; derecha entrando, caja de escaleras y ascensor del portal-zaguán I y cuarto de instalaciones del edificio; izquierda, meseta y rampa de acceso al garaje; y fondo, general del edificio. Dichas plantas se comunican entre si mediante escalera interior. El elemento cuenta entre sus dos plantas con una total superficie construida de quinientos setenta y cinco metros y cuarenta decímetros cuadrados siendo su superficie útil de quinientos cincuenta y cinco metros y diez decímetros cuadrados. Su cuota de participación: once con cuarenta y tres por ciento". La segregación de la superficie sita en la entreplanta primera se encuentra expresamente prohibida por la licencia de obras para la construcción del edificio de que forma parte. Así resulta de la licencia de obras, identificada con el número de referencia 318/2007, firmada por el señor secretario del Excmo. Ayuntamiento de Segorbe, el 11 de diciembre de 2007, e incorporada a la escritura de ampliación de obra nueva y modificación de división horizontal, autorizada por la notario doña Isabel Cabezas Albiñana, el 2 de enero de 2008, protocolo 6. La licencia quedó condicionada, expresamente, al cumplimiento de que el entresuelo proyectado formara parte vinculada, física y jurídicamente con la planta baja, sin que sea susceptible de aprovechamiento independiente. Esta condición impuesta para la concesión de licencia, conforme a lo dispuesto por los artículos 191.3, 193 de la Ley Urbanística Valenciana, y, al amparo del artículo 74 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, consta inscrita, tanto en el folio de la finca matriz, registral 21341, como en la finca sobre la que se pretende la segregación, finca 22213. Tal condición impide la inscripción de la segregación, pues, con dicha segregación se crearía una entidad jurídicamente independiente. Al no estar previamente inscrita la finca sobre la que se pacta el negocio jurídico, no puede inscribirse el mismo sobre metros cuadrados de una finca registral, además de por todos los preceptos citados por el principio hipotecario de especialidad, y el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. En segundo lugar, no es inscribible el negocio jurídico que se pacta en la escritura calificada. El negocio jurídico es llamado por las partes opción de dación en pago. La parte deudora y acreedora reconocen la existencia de una deuda pendiente de pago. La sociedad deudora, dueña de las fincas, concede un derecho de opción de dación en pago a favor de la sociedad acreedora y ambas fijan el precio de transmisión de cada finca. Este llamado derecho de opción se concede fijando un plazo a partir del cual podrá ejercerse, y un plazo durante el cual podrá ejercerse. El título fue otorgado el 17 de junio de 2010 y se pacta, respecto a las fincas sitas en Segorbe, que la opción de dación en pago respecto a las fincas descritas con los números 1 y 2 comenzará el 31 de mayo de 2017 y terminará el 31 de mayo de 2018. Para las fincas descritas con los números 3 y 4, la opción comenzará el 31 de mayo de 2015 y terminará el 31 de mayo de 2016. Del estudio de las estipulaciones se desprende que no existen en este negocio jurídico los elementos esenciales de la dación en pago. La dación en pago supone la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible, respecto a la cual, deudor y acreedor, al amparo de la autonomía de la voluntad, consagrada en el artículo 1255 del Código Civil, pactan que el acreedor se dé por pagado

aunque la primitiva obligación pecuniaria no sea satisfecha, mediante la transmisión del dominio de ciertas fincas al acreedor, dando con ello efecto solutorio a la dación. En el presente caso resulta que al tiempo del otorgamiento parece haberse concedido por el acreedor al deudor un plazo para el pago de las deudas. Así se deduce del punto 6.4 de la estipulación sexta que establece que “en caso de pago de la totalidad de la deuda con anterioridad al ejercido de la dación en pago, ésta quedará extinguida sin necesidad de requerimiento alguno”. Asimismo, se deduce del punto 6.3 de la misma estipulación sexta cuando la sociedad deudora propietaria concede a la acreedora, hasta que llegue el tiempo de poder ejercer la opción, la gestión de venta de los inmuebles por el precio que estime oportuno, siempre y cuando del precio de la transmisión la sociedad deudora reciba al tiempo de formalizar la escritura de compraventa, el importe del impuesto de sociedades que se derive de la venta en función del valor contable que consta en su contabilidad y si el precio de la transmisión, una vez pagado el impuesto de sociedades a la mercantil deudora, no llega a cubrir el valor fijado en esta escritura a cada finca para la dación en pago, la acreedora asumirá dicha pérdida, y dará por pagada la parte de deuda por el valor fijado para cada finca para la dación en pago. Analizado el conjunto de estipulaciones resulta que lo que se pacta es una especie de garantía a favor del acreedor, que se quiere hacer oponible frente a terceros desde su inscripción y que consiste en que si llegada una fecha pactada, no ha sido pagada una deuda, que es la obligación principal, el acreedor podrá quedarse con las fincas sobre las que se está pactando el derecho. Es decir, se dan los elementos del pacto comisorio en que el acreedor puede quedarse con la cosa dada en garantía si no se cumple con la obligación garantizada y que está prohibido en nuestro derecho por los artículos 1859, 1884 de Código Civil, siendo, por tanto, no inscribible en el Registro de la Propiedad. Estos argumentos vienen consagrados en la Resolución de la DGRN de 20 de julio de 2012, que si bien trataba de la dación en pago sujeta a condición suspensiva, rechazada su inscripción por encerrar la construcción jurídica del pacto comisorio, lo mismo debe decirse en cuanto a la supuesta opción de dación en pago, que no es más que dejar en suspenso su ejercicio hasta un determinado momento en el cual, si la obligación no ha sido satisfecha, el acreedor pueda adueñarse de los bienes dados en garantía por el deudor. Parte dispositiva. Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación, la registradora que suscribe acuerda: 1) Calificar desfavorablemente el documento presentado por los defectos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos «Segundo». 2) Suspender la inscripción de los mismos hasta la subsanación, en su caso, de los defectos observados. No se toma anotación preventiva de suspensión al no haber sido solicitada. 3) Prorrogar el asiento de presentación durante un plazo de sesenta días a contar desde el siguiente a la recepción de la presente comunicación. 4) Notificar esta calificación al notario autorizante del documento y al presentante del mismo, de conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria. Contra esta decisión (...) Segorbe, a 27 de noviembre de 2012. La Registradora de la Propiedad (firma ilegible) doña Nieves María Fabado Colomer».

III

A la vista de dicha calificación, don M. M. G., en nombre y representación y como administrador solidario de la mercantil «Martínez y Ors, S.L.», presenta, el día 27 de diciembre de 2012, recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en base a las siguientes consideraciones: «Preliminar: Los defectos observados, por la registradora de la Propiedad para suspender la inscripción solicitada son dos: por un lado, respecto de la finca descrita en el número dos de las fincas sitas en Segorbe, se suspende la inscripción solicitada por faltar la inscripción previa en la que quede inscrita como finca independiente; en segundo lugar, se califica como no inscribible el negocio jurídico que se pacta en la escritura calificada, por entender que se dan los elementos del pacto comisorio prohibido en nuestro derecho español. El presente recurso se interpone únicamente contra el segundo de los motivos, esto es, contra la calificación como no inscribible del negocio jurídico que recoge la escritura calificada. Primero: La calificación negativa de la registradora de la Propiedad de Lucena del Cid invoca como fundamento de Derecho la

Resolución de la DGRN, de fecha 20 de julio de 2012, cuyo supuesto es totalmente distinto del presente. Así, a diferencia de la meritada resolución invocada, en el título objeto de calificación no se concede un préstamo cuya cuantía no está vencida ni es líquida. En el Exponen segundo y tercero de la escritura de opción de dación de pago se expresa que la mercantil Sierra IV, S.L., adeuda una cantidad vencida, líquida y exigible de acuerdo con los conceptos indicados. En la estipulación primera se hace constar el pago de parte de dicha deuda vencida y líquida por importe de 490.000 euros, y en la estipulación tercera se pacta que “para su satisfacción (del resto del importe vencido y líquido pendiente que se indica) la mercantil, ‘Sierra IV, S.L.’, concede un derecho de opción de dación en pago de los inmuebles descritos en el exponendo segundo (en realidad exponendo cuarto) a favor de la mercantil ‘Martínez y Ors, S.L.’”, pactando un precio por cada bien inmueble de mutuo acuerdo. En ningún momento se pacta el nacimiento de una deuda pendiente de vencimiento e ilíquida, ni un préstamo con un plazo determinado o indeterminado de vencimiento, ni que se devengarán intereses de la deuda pendiente, sino que se pacta un pago parcial de la deuda vencida, líquida y exigible con anterioridad al otorgamiento del título objeto de calificación que sirve de carta de pago parcial y un pago o liquidación del resto de la deuda vencida y líquida (sin intereses) mediante la concesión de un derecho de opción dación de pago. Segundo: La concesión de la opción de dación en pago no se pacta como garantía para caso de impago del resto de la deuda vencida y líquida no pagada ni queda condicionada al impago de dicha deuda. Al contrario es una forma de satisfacer, esto es, de liquidar y extinguir la deuda pendiente sujeta al plazo pactado para el ejercicio de la opción que consta fijado en la estipulación tercera, y que no está sujeto a ninguna condición y, por supuesto, a ningún impago futuro de la deuda por el deudor. Tercero: Los pactos especiales que constan en la estipulación cuarta del título objeto de calificación, parte de los cuales se recogen como defectos en la calificación negativa, son consecuencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes y no comportan ningún abuso de posición dominante o de falta de equivalencia de las contraprestaciones de cada parte que se pretende evitar con la prohibición del pacto comisorio. En el presente caso, existe una equivalencia de contraprestaciones o, en su caso, una posición más favorable del concedente de la opción de dación de pago en cuanto puede evitarla si paga o vende los inmuebles y con su precio paga la deuda pendiente antes del ejercicio de la opción. Facultad de pagar o vender que ostenta el deudor y cuyos requisitos están concretados en dichos pactos especiales pero que en ningún caso suponen una condición para el ejercicio de la opción de dación en pago por parte de la mercantil Martínez y Ors, S.L., y, por tanto, para la efectiva transmisión de la titularidad. Es más, precisamente la fijación de un plazo largo y escalonado para el ejercicio de la opción de dación de pago y las facultades fijadas en los pactos especiales acredita que lo que se pretende por ambas partes es el pago de lo que se adeuda y no el abuso de su posición por parte de la mercantil Martínez y Ors, S.L. Por tanto, no existe ningún requisito exigido para la existencia de un pacto comisorio por nuestra jurisprudencia ni por la Dirección General de Registros y del Notariado, sin perjuicio de reiterar que «el supuesto de hecho que da lugar a la explicación de una norma prohibitiva no puede presumirse ni ésta aplicarse extensivamente», tal como afirma la Resolución de la DGRN de 13 de marzo de 2000, al final de su fundamento de Derecho segundo».

IV

Notificada la notaria autorizante de la existencia de este recurso, emitió el correspondiente informe donde consignaba las siguientes alegaciones «Primera.–La señora registradora en su nota de calificación entiende que se ha concedido una opción de dación en pago en garantía del pago de una deuda y por tanto un pacto comisorio prohibido por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, si bien frente a ello cabe destacar que los artículos aludidos se encuentran ubicados en sede de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis, figuras distintas del negocio objeto de calificación, que no se configura como garantía sino como opción de dación en pago con finalidad solutoria. En ningún momento la parte acreedora ha tenido los bienes en concepto de prenda, hipoteca

o anticresis, y no ostenta la posesión de los mismos, pues su interés es proceder al cobro de la deuda. Segunda.—El pacto comisorio implica que el acreedor se reserva el derecho de apropiarse de un bien dado en garantía, pero en el caso que nos ocupa el negocio tiene finalidad solutoria, lograr la liquidación de la deuda a través de una efectiva opción de dación en pago. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de marzo de 2000 ha admitido que vencida y líquida la deuda, pueda convenirse la entrega de ciertos bienes en pago de la misma sin que ello implique pacto comisorio. En el supuesto objeto de calificación, se contempla una deuda existente con anterioridad a la fecha de la escritura calificada (y así se desprende del expositivo I en el que se relacionan detalladamente las facturas emitidas con fecha 2009), reconocida por las partes como vencida, líquida y exigible, y que no se encuentra garantizada, por lo que las partes pretenden instrumentar una forma de pago. A diferencia del supuesto contemplado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de julio de 2012, en el que el pacto de cesión fue simultáneo al nacimiento de la deuda, derivada de un préstamo que se concede en la misma fecha de la escritura y para el que se pacta el devengo de intereses durante toda la vida del mismo, en nuestro caso la deuda es preexistente, no está sujeta a devengo de intereses que pudieran incrementar su cuantía, hallándose perfectamente determinada, líquida y vencida. Tercera.—Acreedor y deudor, en el presente caso, buscan la liquidación y extinción total de la deuda, con el efecto extintivo por pago de la obligación previsto en el artículo 1156 del Código Civil. Prueba de ello son la compensación de créditos que se realiza en primer lugar entre ambas partes en el propio instrumento calificado, así como el pago parcial de la deuda reconocida mediante la entrega de un cheque bancario, reforzando tal interpretación los pactos especiales, que conceden al deudor la facultad de arrendar las fincas para obtener liquidez e incluso poder venderlas para obtenerla, dejando abierta la posibilidad de pago en metálico antes de que se cumpla el plazo concedido para el ejercicio de la opción. De todo ello se desprende la voluntad de cobro en metálico de la acreedora, que no persigue en primer término la apropiación de las fincas. Cuarta.—En cuanto al fundamento de 1ª prohibición del pacto comisorio, el abuso de la posición de acreedor, hay que destacar que en nuestro caso las partes intervinientes como acreedor y deudor son dos sociedades mercantiles con objeto social dedicado a la construcción, promoción, compraventa de inmuebles, etcétera, que con el acuerdo instrumentado en la escritura objeto del presente, tratan de lograr un resultado equilibrado y lo más ventajoso posible para ambas, teniendo en cuenta las dificultades actuales derivadas de la situación socioeconómica, y los consecuentes graves problemas de liquidez a que las empresas se encuentran, realidad social que ha de ser tenida en cuenta en la aplicación de las normas (artículo 3 del Código Civil), y que está llevando a profundos cambios en el orden económico, social y como consecuencia, jurídico. Al amparo del principio de autonomía de la voluntad, las partes llegan a un acuerdo en cuanto al valor de cada una de las fincas, que no adolece de la infravaloración aludida en la Resolución de 10 de junio de 1986, como uno de los requisitos de la existencia de pacto prohibido. Además, no parece que en este caso pueda considerarse abusiva la posición del acreedor, que podría haber instado judicialmente el reconocimiento de la deuda y solicitando la traba y posterior ejecución de los bienes del deudor, con las consecuencias negativas que ello podría suponer para éste, derivadas de las infravaloraciones en las subastas y la posible subsistencia de parte de la deuda. Se pacta en cambio una efectiva opción de dación, derecho que el acreedor adquiere en el acto, no sujeto a condición sino con eficacia solutoria inmediata, conviniéndose una serie de plazos amplios y sucesivos para el ejercicio del derecho (no para su nacimiento, que es efectivo en el momento del otorgamiento y conlleva por tanto la satisfacción de la deuda con carácter extintivo), y pactándose en la forma prevista en los pactos especiales la posibilidad de pago en metálico hasta tanto no llegue el plazo de ejercicio del derecho de opción, posibilidad que demuestra, que la intención del acreedor no es el abuso de su posición. Consideramos por tanto en base a lo anteriormente expuesto que no se dan los presupuestos para la existencia de un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del supuesto de hecho que motivó la Resolución invocada por la

registradora en su calificación, teniendo en cuenta además que tal y como se recoge en la Resolución de 13 de marzo de 2000, “el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva no puede presumirse ni ésta aplicarse extensivamente”».

V

La registradora de la Propiedad emitió informe el día 8 de enero de 2013, manteniendo su nota de calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 3, 6, 515, 1125, 1156, 1170, 1175, 1255, 1281 a 1289, 1445 y siguientes, 1521, 1536, 1636, 1849, 1859 y 1884 del Código Civil; 2, 18 y 107 de la Ley Hipotecaria; 670 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 65 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento; Ley 495 del Código Foral de Navarra; el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública; artículos 7, 14 y 175 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo del 1 de marzo de 1895, 27 de marzo de 1926, 15 febrero 1980, 22 de mayo 1981, 17 de mayo 1983, 25 de septiembre de 1986, 14 de septiembre y 5 de octubre y 9 de octubre de 1987, 13 de febrero, 4 y 9 de octubre, 6 noviembre y 15 de diciembre de 1989, 29 de abril de 1991, 7 de octubre de 1992, 15 de noviembre de 1993, 8 de febrero de 1996, 18 de febrero, 28 de junio y 16 de octubre de 1997, 9 de septiembre de 1998, 25 de mayo de 1999, 24 de enero (Sala Tercera), 16 de mayo de 2000 y 30 de noviembre de 2000, 31 de enero (Sala Tercera) y 26 abril 2001, 27 de septiembre y 4 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 2 de julio 2008 y 27 de enero y 17 de septiembre de 2012; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, de 27 de marzo de 1947, 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982, 10 de junio de 1986, 10 de abril, 30 junio 1987 y 19 y 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 junio 1991, 5 de mayo y 4, 18 y 22 de septiembre de 1992, 18 octubre 1994, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo y 27 de octubre de 1999, 13 y 27 de marzo de 2000, 19 de febrero 2002, 23 de abril de 2003, 22 de abril, 20 y 26 de mayo y 3 y 10 de julio de 2005, 30 de enero 2006, 22 de octubre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 12 de marzo de 2009, 14 de diciembre de 2010, 18 de mayo de 2011 y 20 de julio de 2012.

1. El presente recurso plantea la viabilidad de una opción de dación en pago, constituida sobre determinados inmuebles, a la luz de la prohibición del pacto comisorio. Son hechos relevantes, los siguientes:

– Una compañía promotora reconoce (por sí y por otros) una deuda a favor de otra compañía constructora, y de otras dos personas, que giran en el tráfico como una comunidad de bienes. Se reconoce asimismo una cantidad que por venta de materiales la constructora adeuda a la promotora.

– Se reseñan las facturas de las que resulta la deuda, y los trabajos que las originaron, se reflejan algunos pagos parciales previos, y se fija el importe de la deuda con la referida compañía constructora y con la expresada comunidad de bienes. Asimismo se describen las fincas objeto de la escritura, que salvo afecciones urbanísticas y servidumbres, están libres de cargas.

– Se concilia y establece la deuda pendiente, teniendo en cuenta los pagos previos y la compensación hasta la cantidad concurrente. Asimismo se consigna que la escritura se otorga para articular el pago de la deuda, que se declara vencida y exigible.

– En la parte dispositiva de la escritura se estipula lo que sigue:

a) Un pago parcial de la deuda mediante cheque bancario (aproximadamente un 25%), fijándose la cantidad restante que está vencida y queda pendiente de pago.

b) Para satisfacción de la deuda, se conviene la opción de dación en pago, estableciéndose un «precio de transmisión» para cada una de las fincas objeto de la opción.

c) Como condiciones de la opción, se establece un precio simbólico por su concesión. Asimismo se conviene que el plazo para su ejercicio será de un año, estableciéndose fechas de comienzo y finalización de dicho plazo diferentes, en función de las distintas fincas, pero con fecha de comienzo diferida respecto al momento de la constitución de la opción en la escritura, pues siendo la fecha de ésta del año 2010 comienza la fecha de ejercicio para dos fincas el 31 de mayo de 2017 y termina el 31 de mayo de 2018 y para otras fincas otros plazos de comienzo y terminación dando lugar a un plazo de la opción superior a cuatro años desde la fecha de la escritura.

Se prevé que la opción sólo puede ejercitarse si llegado el plazo hay deuda pendiente de pago.

d) Paralelamente, en la escritura se conviene que hasta que se ejercite la opción (cuyo ejercicio se sujeta a término inicial diferido según se ha dicho) puede la concedente vender las fincas libremente siempre que del precio obtenido destine una cantidad, igual al valor atribuido por ambas partes a cada finca, al pago de la deuda reconocida. E incluso, se encomienda la gestión de venta a la optante, estableciéndose que si, por mor de la misma, se vendiese (decisión que en última instancia correspondería a la concedente), la propietaria tiene derecho a retener una cantidad (para el pago del impuesto de sociedades que se devengue por razón de la venta) y a que se impute a la deuda reconocida, el resto del precio, pero si éste fuese menor al valor que se le atribuye a la finca en la escritura examinada (una vez pagado el indicado impuesto), se tendrá extinguida la deuda por este último valor, asumiendo la acreedora dicha pérdida. Y se prevé también que la propietaria concedente tenga la facultad de vender pero con la limitación de que ha de pagar el importe de la deuda en la misma escritura de compraventa que otorgue.

2. La relación jurídica que subyace en el título que origina este expediente, y que pretende su acceso registral, viene constituida por un derecho de opción de dación en pago, esto es, de un derecho potestativo que obliga al concedente a proceder a la celebración de una dación en pago de deuda, en los términos acordados, en caso de que su titular (el optante) así lo decida unilateralmente (dentro del plazo y con arreglo a las condiciones convenidas). En principio, nada obsta a que se pueda constituir un derecho de opción como el referido, pues, la dación en pago es una categoría contractual que está ampliamente admitida por la jurisprudencia y por la práctica jurídica. Nuestro Alto Tribunal, viene estableciendo una constante doctrina que se concreta en los siguientes postulados: a) «que la *datio pro soluto*, significativa de adjudicación del pago de las deudas... se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1989); b) En cuanto a su régimen jurídico «bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo (...) ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1989); y c) Por su parte, esta aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago, «determina que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes, sea un crédito cierto, lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa determinación». Se configura así como «elemento esencial» configurador de este contrato la concurrencia de un crédito, que se extingue con la adjudicación de los bienes, que ha de ser «un crédito cierto», lo que implica su concreta determinación:

«crédito líquido que sirva de contraprestación a la entrega o adjudicación de bienes hecha con la finalidad de extinguir aquél» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996).

3. Asimismo, la opción es un derecho reconocido por nuestro ordenamiento, pero desde el punto de vista registral deben cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario y especialmente el plazo máximo de cuatro años que en él se establece, del cual procede ocuparse después. Y además, las cláusulas o pactos no pueden ser contrarios a los límites establecidos por las leyes, la moral y el orden público (cfr. Resolución de 10 de julio de 2005). Entre estos límites generales que pueden afectar a la opción, y por extensión al contrato al que aquélla obliga, en caso de que se ejercite, en este caso a la dación en pago, como parte del orden público de nuestro derecho de garantías, se destaca la prohibición del pacto comisorio establecida en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, cuya infracción alega la registradora.

4. Ciertamente, el Código Civil siguiendo el ejemplo del Derecho Romano, rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (Resolución de 20 de julio de 2012, que reitera otras muchas anteriores como las de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 30 de septiembre de 1998 y 26 de noviembre de 2008). La prohibición del comiso, es imperativa y de orden público (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 abril 2001), considerándose comúnmente que tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar se destaca que su ratio descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su «*ius distraendi*», protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del «*ius distraendi*», en que está prevista la suerte de los mismos.

De estas consideraciones resultan los elementos que configuran el alcance de esta prohibición:

a) El pacto comisorio surge cuando el acreedor se reserva el derecho de apropiarse de una cosa dada en garantía. Por tanto constituye una exigencia su vinculación a una garantía real. Esta facultad de apropiación el Código Civil la veta cuando se liga al incumplimiento de la obligación garantizada; como pacto sobreañadido a una garantía real (artículos 1859 –que omite la proscripción expresa del pacto en contrario- y, más claramente, 1884 del Código Civil), quizá porque altera un elemento sustancial de la garantía, como es que el ejercicio del *ius distraendi* se canalice a través de uno de los procedimientos de ejecución legalmente previstos.

b) Al emanar de una norma imperativa, la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a toda suerte de negocios jurídicos, ya sean indirectos, simulados o fiduciarios, simples o complejos, que persigan fines de garantía. Siempre que bajo estos esquemas contractuales se detecte una causa *garantiae*, se habrá de aplicar igualmente la norma prohibitiva del artículo 1859 del Código Civil, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla (cfr. artículo 6.4 del Código Civil, Resolución de 20 de julio de 2012 y Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000, 26 de abril de 2001 y 4 de diciembre de 2002), si bien esta nulidad, en principio, sólo afecta a la cláusula comisorio (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000).

c) El comiso prohibido, es el que se conviene «ex ante». La ratio de la prohibición no es sino asegurar, en los términos vistos, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevalece de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución. De ahí que la necesidad de desactivar el pacto cuando más se pone de relieve es cuando nace coetáneamente con la obligación a cuya suerte se liga su efectividad. Por eso tradicionalmente se admitió, si bien con cautelas, la introducción de esta facultad comisoria si se efectuaba con posterioridad al nacimiento de la obligación que se garantizaba, mediante el denominado *pacto ex intervalo* (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980 y 16 de mayo de 2000). Por eso, la Resolución de 20 de julio de 2012 no se refiere al supuesto en que la deuda esté vencida y sea líquida.

5. Centrándonos en las circunstancias concurrentes en este caso, éstas ponen de manifiesto que, aunque se expresa en la escritura que el convenio se establece «para articular el pago de la referida deuda» y que «para su satisfacción concede un derecho de opción de dación en pago», e incluso que la deuda está vencida y líquida, todo lo cual propendería a considerar que la citada opción de dación en pago tiene una función de liquidación, lo cierto es que existe la función de garantía que da lugar al pacto de comiso prohibido, pues no se trata, evidentemente, de una dación en pago respecto a una deuda anterior, que lógicamente sería admisible, sino de una opción de dación en pago, de la que resultan una serie de circunstancias que inclinan claramente a esa función de garantía: a) aunque la deuda está vencida y líquida, al pactarse una opción de dación en pago diferida en cuanto al momento de su ejercicio, da lugar a un aplazamiento del pago de la deuda, determinando que se modifica su vencimiento, pues no es exigible mientras no llegue el momento inicial en que se puede ejercitar la opción de dación en pago; b) durante ese tiempo la función de garantía de la opción es evidente, pues se mantiene la deuda como no exigible, sin que el concedente esté obligado a pagarla, lo que implica la modificación de su vencimiento y exigibilidad, y durante ese tiempo la entidad acreedora cuenta con la garantía de la opción que todavía no puede ejercitar o consumir, pero sí hacerla valer como derecho preferente frente a cualquier otro derecho que pueda constituir en ese tiempo el dueño de las fincas; c) incluso en ese lapso de tiempo se refuerza la garantía del optante al establecer una limitación a la facultad dispositiva del dueño, que puede vender pero pagando la deuda en la misma escritura de compraventa; d) y aunque la deuda venía establecida con anterioridad a la constitución de la opción, se modifica su vencimiento y exigibilidad en el mismo acto en que se constituye el derecho de opción, con lo que no puede hablarse de pacto *ex intervalo*, pues se ha establecido la garantía de la opción en el mismo momento en que se modifica la fecha de vencimiento, que es posterior al momento de constitución de la garantía como consecuencia de la sujeción del ejercicio de la opción de dación en pago a un término inicial posterior. Con ello, el supuesto de hecho que se plantea, a pesar de su aparente complejidad, viene a ser similar al caso planteado en la Resolución de este Centro Directivo de 20 de julio de 2012, en el que no se admitió una dación en pago sujeta a la condición suspensiva de que el deudor no pagara la deuda. En el presente caso, si el deudor no paga la deuda antes de que comience el período aplazado del ejercicio de la opción de dación en pago, ésta entra en funcionamiento, ya que si el deudor paga antes, la opción queda extinguida. Se da, por tanto, el supuesto del artículo 1859 del Código Civil, que prohíbe el pacto por el cual el acreedor pueda apoderarse de la cosa dada en garantía o disponer de la misma. La deuda, aunque estaba vencida, deja de estarlo en virtud de la concesión de la opción de dación en pago diferida a un momento posterior antes del cual la entidad deudora puede pagar o no, mientras no llegue ese término, funcionando la opción como garantía del pago ya desde el principio, aunque su ejercicio se difiera a un momento posterior. En consecuencia, procede confirmar la nota calificadora sobre el pacto de comiso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación registral.

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, 22 de febrero de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.