

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

**14263** *Resolución de 11 de junio de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Sanlúcar la Mayor n.º 2 a inscribir una escritura de constitución de derecho real de opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don F. M. G., abogado, en nombre y representación de la entidad mercantil «Diversión Huelva, SLU», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor número 2, doña María Sonsoles Rodríguez-Vilariño Pastor, a inscribir una escritura de constitución de derecho real de opción de compra.

#### Hechos

I

Mediante escritura de opción de compra autorizada el día 24 de febrero de 2023 por el notario de Huelva, don Carlos Toledo Romero, con el número 1.008 de protocolo, los cónyuges don J. M. B. L. y doña M. R. M. M., titulares registrales de la finca número 2.101 del Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor número 2, ubicada en el término municipal de Aznalcóllar, concedieron a la entidad mercantil «Diversión Huelva, SLU» un derecho real de opción de compra transmisible sobre dicha registral con las siguientes características: el precio de la opción ascendía a la cantidad de 5.500 euros, que se confesaba recibido por los concedentes mediante cheque; el precio de la futura venta se fijaba en la cantidad de 110.000 euros, de los cuales, el importe de 105.600 euros se recibían en el acto de otorgamiento del título «a cuenta» del precio pactado, y, el resto del precio, que ascendía a 4.400 euros, se estipulaba que sería pagado al ejercicio de la opción y consumación de la compra; el plazo para el ejercicio de la opción se fijaba, como máximo, en un año y un mes desde la fecha de otorgamiento, por lo que vencería el día 24 de marzo de 2024, si bien se estipulaba, además, un término esencial, de modo que en ningún caso podría ejercitarse la opción antes de que hubieran transcurrido 12 meses desde el otorgamiento, es decir, en ningún caso podría ejercitarse antes del día 24 de febrero de 2024, y, transcurrido, el plazo para el ejercicio de la opción sin haberse ejercitado, quedaría la opción sin efecto, si bien para cancelarla sería precisa la devolución de la cifra recibida «a cuenta» antes reseñada.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Documento.

Fecha del documento: 24 de febrero de 2023.

Notario: Carlos Toledo Romero. Protocolo: 1008/2023.

Entrada: 82/2024.

Asiento de Presentación: 1229 del Diario: 250.

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del precedente título, de conformidad con los artículos 18 y 19. Bis de la Ley Hipotecaria, ha resuelto no practicar los asientos solicitados, en base a los siguientes:

#### Hechos y fundamentos de Derecho

Se presenta escritura de opción de compra, por virtud de la cual, los cónyuges J. M. B. L. y M. R. M. M., titulares registrales de la finca 2101 del término municipal de Aznalcóllar, que según el Registro es una vivienda, donde además los comparecientes tienen su domicilio según la propia escritura, conceden a la entidad mercantil Diversión Huelva, SL, un derecho real de opción de compra transmisible sobre dicha vivienda con las siguientes características:

A) El precio de la opción asciende a la cantidad de 5.500 euros, que se confiesa recibido por los concedentes mediante cheque.

B) El precio de la futura venta se fija en la cantidad de 110.000 euros, de los cuales, el importe de 105.600 euros (que representa el 96 % del precio de compra), se reciben en el acto de otorgamiento del título "a cuenta" del precio pactado. Y el resto del precio, que asciende a 4.400 euros (que representa el 4 % del precio de compra), se estipula que será pagado al ejercicio de la opción y consumación de la compra.

C) El plazo para el ejercicio de la opción se fija como máximo, en un año y un mes desde la fecha de otorgamiento, por lo que vencerá el 24 de marzo de 2024, si bien se estipula además un término esencial, de modo que en ningún caso podrá ejercitarse la opción antes de que hayan transcurrido 12 meses desde el otorgamiento, es decir, en ningún caso podrá ejercitarse antes del 24 de febrero de 2024.

D) Y transcurrido el plazo para el ejercicio de la opción sin haberse ejercitado, quedará la opción sin efecto, si bien para cancelarla, será precisa la devolución de la cifra recibida "a cuenta" antes reseñada.

De lo expuesto resulta, que, por virtud del derecho de opción concedido, la optante entrega de presente al concedente de la opción, un importe del 96 % del precio de una venta futura, cantidad que no se la denomina préstamo, sino entrega "a cuenta". Esa entrega a cuenta, supone la entrega de presente de una cantidad de dinero, sin que se justifique utilidad alguna en reciprocidad por la misma para el optante (artículo 1274 cc).

Además, el optante no puede en ningún caso, ejercitar la opción hasta que transcurra un año de la fecha del contrato, sin que tampoco se justifique la utilidad para las partes de dicho término esencial (1274 cc).

Esa entrega de presente "a cuenta", a la que no se denomina préstamo, y ese término esencial para el ejercicio de la opción, producen sin embargo los efectos equivalentes a un préstamo, por cuanto: hay una entrega de dinero de presente que representa el 96 % del precio pactado (1740 y 1753 cc), dinero del que van a disfrutar los concedentes durante todo un año sin contraprestación alguna, y transcurrido dicho año, habrán de devolver al optante para que cancele la opción (1753 cc). Si no se devuelve, es cuando el optante podrá ejercitar la opción en el mes siguiente, consumando la venta y abonando el residual pactado.

Se asemeja pues la operación documentada a una venta en garantía (carta de gracia, retroventa, opción comisorias), prohibida por los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil pues bajo la fórmula de una opción de compra, el acreedor-optante, transcurrido un año de la fecha del contrato podrá quedarse con la propiedad de la cosa, mientras que si se le devuelve el dinero ya entregado de presente al deudor-concedente, cancelará la opción.

A estos efectos, resulta indiferente que se hable de entrega "a cuenta" y no de préstamo, pues esa entrega «a cuenta», como se ha expuesto, produce los mismos efectos, al permitir la disponibilidad real y actual de un dinero por los concedentes (1753 cc) que representa el 96 % del precio. Y también resulta indiferente que quede un valor residual de entrega, dado su escaso valor en relación con el monto de la operación, y

que se estipule la opción para la optante como un derecho potestativo, por cuanto lo realmente relevante en la operación documentada, es que transcurrido el año es cuando se desenvolverán los efectos propios del contrato, no antes, pues el término es esencial (con anterioridad no hay ninguna obligación líquida, vencida ni exigible), y dichos efectos no consisten en una mera indemnización de daños o perjuicios o en exigir el cumplimiento del contrato, que es lo que verdaderamente caracteriza la opción (STS 9 Feb. 1985, y 17 Nov. 1986), sino en la devolución de un dinero que se recibió con anterioridad, y si no se devuelve, en la consumación de la compra mediante el ejercicio de la opción.

Como consecuencia de lo expuesto, formalizándose una operación en garantía no permitida, no procede practicar la inscripción.

2.º Sin perjuicio de lo anterior, aún en el supuesto de estimarse que procede la inscripción de la operación en garantía, dados sus efectos equivalentes a un préstamo, tampoco sería inscribible por no haberse observado los requisitos que exigen la LCCI 5/2019 (artículo 2.1. A, 22, 26, 42 y 43) en relación con la Ley 2/2009 de 31 de marzo (en particular, el artículo 1-b) de esta ley lo declara aplicable a cualquier medio equivalente de financiación).

Fundamentos de derecho: artículos y Sentencias citadas, en relación con Resoluciones de la DG 10 junio 1986, 5 de mayo 1992, 30 septiembre 1998, 26 noviembre de 2008, 10 de marzo 2022 entre otras, FD.2 de la STS 4 febrero 2020 y artículo 18 LH.

Contra la presente calificación (...)

Sanlúcar la Mayor, Fdo. El Registrador. Sonsoles Rodríguez-Vilariño Pastor Registrador/a del Registro Propiedad de Sanlúcar la Mayor 2, a día dieciséis de febrero del dos mil veinticuatro.»

### III

Contra la anterior nota de calificación, don F. M. G., abogado, en nombre y representación de la entidad mercantil «Diversión Huelva, SLU», interpuso recurso el día 19 de marzo de 2024 mediante escrito del siguiente tenor:

«En virtud del presente escrito, interpongo recurso gubernativo contra la calificación negativa emitida por dicha Registradora de la Propiedad el día dieciséis de febrero de 2024, por la que se suspende la inscripción de la escritura de constitución de derecho real de opción de compra, autorizada en Huelva por el notario don Carlos Toledo Romero, el día 24 de febrero de 2023, con el número de protocolo 1.008, presentada el día 16 de febrero de 2024, notificado el día 19 de febrero de 2024 al presentante, con número 82/2024 de entrada, que causó el asiento de presentación 1229 el diario 250, solicitando del citado Centro Directivo dicte Resolución estimando su contenido, a fin de la práctica de la inscripción de la escritura en los términos resueltos, en base a los siguientes,

Hechos:

Primero. En escritura autorizada en Huelva el día 24 de febrero de 2023, ante don Carlos Toledo Romero, con el número 1.008 de protocolo, don J. M. B. L. y doña M. R. M. M. (en adelante, “don J. M. B. L. y doña M. R. M. M.”, “los concedentes de la opción” o “la parte concedente de la opción”) concedieron una opción de compra a la entidad recurrente, “Diversión Huelva, SLU” (en adelante, “la optante”), representada en la citada escritura por su administrador único don R. C. P., en nombre y representación, como administrador único de la citada entidad.

La opción de compra se constituyó sobre la finca registral número 2.101 de Aznalcóllar, inscrita en el Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor número dos, al tomo 2.253, libro 220, de la que eran titulares los concedentes de la opción, por mitad en

proindiviso, con carácter privativo, en virtud de título que se reseña en la escritura de opción. La opción se compra se hizo en siguientes términos:

- 1.º Se constituyó opción de compra con carácter real.
- 2.º El precio de opción se fijó en 5.500 euros, cuyo importe fue satisfecho íntegramente con anterioridad al otorgamiento de la escritura mediante cheque personal nominativo, fotocopia del cual se protocolizó en la escritura de opción.
- 3.º El precio de compra futura (caso de ejercitar la opción), se fijó en 110.000:
  - No se pactó que el precio de opción se imputase al precio de compra.
  - Se desembolsó, a cuenta del precio, 105.600 euros mediante la entrega de tres cheques bancarios nominativos, que fueron testimoniados y protocolizados en la escritura.
  - El precio restante, ascendente a 4.400 euros, fue retenido para hacerlo efectivo al tiempo de ejercitar la opción.
- 4.º Plazo: Se convino que el plazo de ejercicio de la opción será como máximo el de un año y un mes, a contar desde el otorgamiento, por lo que vence el día 24 de marzo de 2024, si bien su eficacia se sujetó a término, pactando que no podrá ejercitarse esta transcurridos doce meses desde la firma de la escritura, esto es, hasta el día 24 de febrero de 2024. Esto es, el optante podrá ejercitar la opción de compra entre el día 24 de febrero y el 24 de marzo de 2024.

Se pactó expresamente que «en caso de transcurrir el plazo de un año y un mes – esto es, expirado el plazo pactado de ejercicio de la opción– sin haberse ejercitado el derecho de opción de compra por parte del optante, para cancelar el derecho real de opción la parte concedente de la opción deberá restituir el importe recibido a cuenta del precio y como parte del mismo a la optante, dado que constituye el presente derecho real de opción con carácter potestativo a favor del optante. La parte oferente no podrá cancelar el derecho real de opción sin acreditar la restitución de la suma recibida como parte del precio, ascendente a 105.600 euros, si bien hará suyo sin tener que restituir el importe fijado como precio o prima de opción, ascendente a 5.500 euros.
- 5.º Se pactó el ejercicio unilateral de opción por parte del optante, a cuyo efecto se estipuló que el ejercicio de la opción será notificado a la parte concedente en su domicilio, con citación para el otorgamiento de la escritura y, para el supuesto de no comparecer a tal fin, el optante podrá ejercitar la escritura de ejercicio de la opción de forma unilateral. La venta quedaría perfeccionada siempre que en el otorgamiento de la escritura de ejercicio unilateral de la opción se justifique el pago del precio restante, ascendente a 4.400 euros, depositando la citada cantidad en acta notarial.
- 6.º Se pactó que el derecho de opción podrá ser cedido a terceros.

Segundo. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de Sanlúcar la Mayor para la inscripción del derecho de opción, la Registradora de la Propiedad titular, doña Sonsoles Rodríguez-Vilariño Pastor, haciendo una singular interpretación del negocio documentado, concluye que en la escritura objeto de calificación se formaliza una operación de préstamo con garantía comisoría, rechazando la inscripción.

#### Fundamentos de Derecho

Primero. Se recurre la calificación conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de la notificación de la calificación, conforme al artículo 324 de la Ley Hipotecaria y siguientes, estando legitimado como persona a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción (artículo 325.a) LH.

Segundo. Según la interpretación que hace la Sra. Registradora, en el negocio documentado se “producen sin embargo los efectos equivalentes a un préstamo, por cuanto: hay una entrega de dinero de presente que representa el 96 % del precio

pactado (1740 y 1753 cc), dinero del que van a disfrutar los concedentes durante todo un año sin contraprestación alguna, y transcurrido dicho año, habrán de devolver al optante para que cancele la opción (1753 cc). Si no se devuelve, es cuando el optante podrá ejercitar la opción en el mes siguiente, consumando la venta y abonando el residual pactado.”.

Pero esto no es correcto, en ninguna cláusula se establece que si no se devuelve la cantidad el optante puede ejercitar la opción consumando la venta y abonando el residual pactado, sino que el optante puede ejercitar en todo caso la opción transcurrido un año, y solo si el optante decide no ejercitarla, el concedente puede cancelar registralmente la opción abonando la cantidad recibida como anticipo.

Tercero. La calificación recurrida, añade que: Se asemeja pues la operación documentada a una venta en garantía (carta de gracia, retroventa, opción comisoría), prohibida por los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil pues bajo la fórmula de una opción de compra, el acreedor-optante, transcurrido un año de la fecha del contrato podrá quedarse con la propiedad de la cosa mientras que si se le devuelve el dinero ya entregado de presente al deudor-concedente, cancelará la opción.

La interpretación del contrato no puede ser arbitraria y basarse en meras suposiciones o intuiciones, ni en conjeturas sin soporte documental, con argumentos prospectivos sin sustento en el contrato documentado. La Sra. Registradora, de acuerdo con el principio de legalidad que ha de regir en su actuación, consagrado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, debe ajustarse a los preceptos legales y, concretamente, al interpretar el contrato, debe ajustarse a los artículos del Código Civil que regulan la interpretación del contrato. En concreto el artículo 1281 del Código Civil dispone que “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”, y en este contrato la intención de los contratantes es meridiana.

La labor hermenéutica reflejada en la calificación es contraria a la literalidad y la voluntad de los contratantes, hasta el extremo de perjudicar a quien pretende proteger. Es cierto que hay cantidades entregadas a cuenta, pero no en concepto de préstamo, sino como anticipo del precio de la venta, sin que de ello pueda derivarse, como pretende la Sra. Registradora, que el negocio documentado transmute en un contrato de préstamo con garantía real comisoría. El negocio documentado nada tiene que ver con un préstamo, es una pura operación inmobiliaria entre las arras o señal y la venta, que el legislador permite que alcance eficacia real y sea inscribible.

Es decir, la Sra. Registradora entiende que el contrato que se documenta es un contrato de préstamo con una opción de compra en garantía, y partiendo de esa errónea premisa, considera que existe una vulneración de la prohibición del pacto comisorio que consagra el artículo 1884 del Código Civil. Pero esta conclusión parte de una premisa infundada.

El contrato de préstamo o mutuo es un contrato en el que una de las partes entrega obligado a devolver una cantidad de dinero, quedando obligado a devolver la cantidad prestada al prestamista, junto con los intereses en caso de haberse pactado. Y la garantía real que pudiera establecerse contrato de préstamo tiene finalidad asegurar esa restitución característica del préstamo, de suerte que en caso de expirar el plazo en el que debe hacerse la restitución sin que el deudor la haya efectuado, el acreedor tenga un [sic] facultad para realizar la cosa dada en garantía. Y nada de esto ocurre en el negocio documentado.

Si el negocio documentado fuese un préstamo garantizado con una opción de compra comisoría, el concedente de la opción tendría la facultad de enervar el ejercicio de la misma restituyendo las cantidades entregadas a cuenta, y sólo en caso de falta de devolución, podría el optante ejercitar la opción. Esto es, debería existir una conexión directa entre el derecho de opción y la restitución de las cantidades. de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicione al impago, Pero es que nada de eso ocurre en este caso. En el negocio que es objeto de calificación, el optante es libre de ejercitar la

opción en el plazo comprendido entre el 25 de febrero de 2024 y el 24 de marzo de 2024 (ambos incluidos), sin que en ello influya el hecho de que el oferente haya devuelto o no cantidad alguna. Y sólo si el optante no ejercita la opción, el concedente queda obligado a devolver lo que recibió a cuenta del precio (como resulta lógico, al amparo del principio de reciprocidad de las prestaciones).

Es decir, el orden de los acontecimientos, según se ha convenido en el contrato, es inverso al que suele contemplar el caso de un préstamo con garantía real con pacto comisorio. En el caso del préstamo garantizado con una opción con pacto comisorio: primero se concede un plazo dentro del cual el concedente puede restituir la cantidad percibida, dando por extinguida la opción, y, sólo si el concedente no devuelve la cantidad percibida en el plazo indicado, el optante puede ejercitar la opción. Pero en este caso el orden es inverso, como se ha explicado, pues el optante puede ejercitar la opción, sin que exista condicionamiento o conexión con la restitución de ninguna cantidad (aunque sólo durante el plazo indicado), y una vez expirado el plazo concedido sin que la haya ejercitado, con la consiguiente extinción del derecho del optante, nace en el concedente la facultad de cancelar registralmente la opción mediante la devolución de la cantidad recibida a cuenta de la compraventa.

Es evidente que la causa de este negocio jurídico dista de ser un préstamo con opción de compra en garantía. En sentido estricto, un simple derecho de opción de compra, que consiste en una pura operación inmobiliaria, intermedia entre las arras o señal y la venta, que el legislador permite que alcance eficacia real y sea inscribible.

Cuarto. La Sra. Registradora interpreta que “esa entrega a cuenta supone la entrega de presenta (sic) de una cantidad de dinero, sin que se justifique utilidad alguna en reciprocidad por la misma para el optante (artículo 1274 cc). Además, el optante no puede en ningún caso, ejercitar la opción hasta que transcurra un año de la fecha del contrato, sin que tampoco se justifique la utilidad para las partes de dicho término esencial (1274 cc)”.

Sin entrar a valorar la terminología utilizada por la Sra. Registradora, que se refiere a dicho plazo como un término esencial, cuando en rigor es un término inicial para el ejercicio de la opción, no se entiende qué pretende poner de manifiesto la Sra. Registradora al referirse a la ausencia de justificación de la utilidad de las cláusulas del contrato.

La argumentación es inconsistente y equívoca, pues parte de una confusión entre la utilidad de un contrato, o de una cláusula contractual, y la causa del contrato. La utilidad que pudiera tener para las partes la fijación de un término inicial (mal calificado por la Sra. Registradora como “término esencial”), es una cuestión que se encuadra dentro de los móviles subjetivos de las partes, más que en la causa del contrato. La utilidad puede haber sido muy diversa. A modo de ejemplo: la fijación del plazo de un año puede atender al plazo previsto para que el concedente de la opción finalice una obra de reforma en la vivienda, cuya terminación pudiera influir en el interés del optante; podría tener la utilidad de permitir al comprador negociar con el vecino colindante la adquisición de su inmueble, de suerte que este sólo ejercite la opción en caso de que lograrse adquirir también el inmueble colindante; podría ser un plazo establecido en favor del concedente, en la medida de que dispone de un plazo de un año para encontrar un nuevo inmueble a adquirir... y así podrían exponerse tantas posibles “utilidades” hasta donde alcance la imaginación. Pero esta utilidad, como decimos, es una cuestión subjetiva, que en nada influye en la causa del contrato, que sigue siendo la misma.

Por eso es innecesario “justificar la utilidad”, y su falta de justificación no puede alegarse como argumento para no inscribir la escritura reseñada.

Quinto. La registradora, añade que “esa entrega de presente ‘a cuenta’, a la que no se denomina préstamo, y ese término esencial para el ejercicio de la opción, producen sin embargo los efectos equivalentes a un préstamo (...)”. Y añade que “se asemeja pues la operación documentada a una venta en garantía (...), prohibida por los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil pues bajo la fórmula de una opción de compra, el acreedor-optante, transcurrido un año de la fecha del contrato podrá quedarse con la

propiedad de la cosa, mientras que si se le devuelve el dinero ya entregado de presente al deudor-concedente, cancelará la opción”.

Ya hemos reiterado que esa pretendida vinculación del ejercicio de la opción a la devolución de la cantidad recibida no tiene reflejo alguno en la escritura calificada, pues de la misma resulta que el optante puede ejercitar la opción con independencia de esa restitución.

Sexto. A mayor abundamiento, hay que resaltar la reiterada doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Pública respecto la prohibición del pacto comisorio (por todas, Resoluciones de 12 y 14 de diciembre 2023),

En este sentido, debe recordarse el idéntico al presente, que fue examinado por la Resolución de 14 de diciembre de 2023. en la que el Centro Directivo resolvió estimando el recurso y revocando la calificación. En resumen el supuesto de la Resolución citada consistía en una de opción de compra en la que, en lo que ahora nos interesa, se configuró con los siguientes extremos: (i) el precio de la opción era de 7.740 euros, al que se le dio el carácter de arras o señal, que se imputarían al pago del precio; (ii) el precio de venta era de 110.000 euros; (iii) se entregaba a cuenta, en el momento de la constitución de la opción, la cantidad de 35.260 euros como anticipo del precio de compra; (iv) se estableció un plazo de ejercicio de 12 meses, debiendo ejercitarse la opción antes del 13 de julio de 2024; (v) se fijó una condición resolutoria, de manera que el concedente, antes del 13 de julio de 2024, podría dejar sin efecto la opción, devolviendo la prima de opción duplicada; (vi) si el optante no ejercitaba la opción en plazo, perdería la cantidad entregada como prima o precio de opción.

En el defecto segundo el Registrador de la Propiedad consideró que existía vulneración del pacto comisorio. En la citada Resolución, tras examinar el fundamento de la prohibición del pacto comisorio, y recordar su aplicación no sólo a los negocios de garantía tipificados legalmente, sino también a las garantías atípicas, en sus Fundamentos de Derecho 4 y 5, la Dirección General recuerda que:

“4. No obstante, también ha reiterado este Centro Directivo (vid., por todas, la citada Resolución de 28 de enero de 2020 y la más reciente de 13 de julio de 2022, para un caso similar), que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este expediente, ni el registrador, ni esta Dirección General, pueden más que analizar-enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista clara y patente constatación, so capa de una pretendida obligación de impedir el acceso al Registro de títulos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisorio establecida por los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil).

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que, según las citadas Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022, deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda.

Por ello 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. (...).

5. Por tales razones el defecto invocado por el registrador en su calificación ha de ser revocado, ya que –como ya se dijo en la Resolución de 28 de enero de 2020 y se reitera ahora– no se deduce de forma patente de lo pactado que estemos claramente ante un contrato de financiación inmobiliaria que esté sometido a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, ni que la opción de compra se constituya en función de garantía de aquella.

No se pacta en ningún caso en la escritura objeto de este expediente la concesión de préstamos o créditos hipotecarios (...). Tampoco son préstamos o créditos de los previstos en el artículo 2.1.a) y b) de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. El caso aquí planteado es una pura operación inmobiliaria, intermedia entre las arras o señal y la venta, que el legislador permite que alcance eficacia real y sea inscribible.

La opción de compra pactada reúne los requisitos propios de todo contrato de tal naturaleza, como es son la prima, plazo para su ejercicio y el precio de ejercicio de la opción. Al ser el plazo a cuatro años y existir voluntad de eficacia real del pacto de opción, adquiere éste el carácter de inscribible (artículo 14 del Reglamento Hipotecario).

La sociedad optante tiene por objeto social la actividad inmobiliaria, incluyendo la mediación en la compraventa de inmuebles, y la opción de compra es un contrato que sirve de puente entre las meras arras o señal y la formalización definitiva de la compra. Y no se exige en ningún precepto legal que el precio de ejercicio de la opción sea igual, superior o inferior al precio o prima pagado por la constitución del derecho de opción, ello dependerá de las circunstancias económicas de la transacción, de que se quiera establecer una cláusula penal que incentive la formalización final de la compraventa o de si en el ínterin hay un uso o arrendamiento que haya generado gastos indemnizables que deban ser compensados.

Esta indemnización por tanto no puede ser confundida con los intereses ordinarios de un préstamo, sino que constituye mera indemnización contractual por falta de culminación de la formalización de la venta.”

Esta misma argumentación, tan reiterada por la Dirección General (Resoluciones de 12 de diciembre de 2023, de 13 de julio 2022, de 21 de julio de 2021, entre las más recientes), es plenamente aplicable a nuestro caso, en el que la sociedad optante tiene por objeto social, entre otros, la actividad inmobiliaria.

Séptimo. En nuestro caso concreto, en la escritura nada indica que la concesión de la opción se deba a circunstancias apremiantes o angustiosas del concedente, no hay previsión alguna respecto de posibles costes o gastos de intermediación o de otro tipo, por lo que no se puede presumir en el caso ningún incremento injustificado de la cantidad a devolver. De hecho, el concedente de la opción tan sólo debe devolver, en caso de no ejercitarse la opción, la cantidad recibida como anticipo, pero tiene derecho a retener la prima y a hacerla suya.

Octavo. Por último, es preciso recordar que la opción de compra que se documenta cumple todos los requisitos exigidos en el artículo 14 RH, por lo no puede negarse inscripción.

Por todo lo expuesto, se insta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública tenga por presentado el presente recurso contra la calificación impugnada y previos los trámites legales y traslado a la interesada para su informe, en el plazo legal de tres meses dicte resolución en la que estimando el mismo revoque la calificación registral impugnada y ordene la inscripción de la escritura pública que la motiva, cuyo testimonio, junto con copia de la calificación recurrida acompañan a este recurso.»

#### IV

La registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente al Centro Directivo para su resolución. Dado traslado del recurso interpuesto al notario autorizante del título calificado, éste no ha formulado alegaciones.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 10, 1115, 1256, 1273, 1449, 1690, 1859 y 1884 del Código Civil; 1, 9, 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 7 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios; 14 y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1902, 19 de mayo

de 1982, 20 de mayo de 1986, 10 de junio de 1995, 18 de febrero, 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de mayo de 1998, 15 de junio de 1999, 26 de febrero y 26 de abril de 2001, 30 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 2 y 17 de febrero de 2006, 2 de julio de 2007, 21 de enero y 5 de junio de 2008, 20 de abril de 2009, 31 de marzo de 2011, 29 de mayo de 2014, 15 de junio de 2016 y 21 de febrero de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 25 de febrero y 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 13 de febrero y 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 10 de enero de 2001, 19 de febrero de 2002, 20 de noviembre de 2006, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 20 de julio, 20 de septiembre y 21 de octubre de 2012, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 14 de julio de 2016, 12 de enero de 2017, 26 de diciembre de 2018, 14 de mayo de 2019 y 28 de enero de 2020, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 11 de abril y 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero de 2024.

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

Mediante escritura de opción de compra autorizada por el notario de Huelva, don Carlos Toledo Romero, el día 24 de febrero de 2023, protocolo número 1.008, los cónyuges don J. M. B. L. y doña M. R. M. M., titulares registrales de la finca 2.101 del citado Registro de la Propiedad, ubicada en el término municipal de Aznalcóllar, concedieron a la entidad mercantil «Diversión Huelva, SLU.», un derecho real de opción de compra transmisible sobre dicha registral con las siguientes características: el precio de la opción asciende a la cantidad de 5.500 euros, que se confiesa recibido por los concedentes mediante cheque; el precio de la futura venta se fija en la cantidad de 110.000 euros, de los cuales, el importe de 105.600 euros se reciben en el acto de otorgamiento del título «a cuenta» del precio pactado, y el resto del precio, que asciende a 4.400 euros, se estipula que será pagado al ejercicio de la opción y consumación de la compra; el plazo para el ejercicio de la opción se fija como máximo, en un año y un mes desde la fecha de otorgamiento, por lo que vencerá el día 24 de marzo de 2024, si bien se estipula además un término esencial, de modo que en ningún caso podrá ejercitarse la opción antes de que hayan transcurrido 12 meses desde el otorgamiento, es decir, en ningún caso podrá ejercitarse antes del 24 de febrero de 2024; transcurrido el plazo para el ejercicio de la opción sin haberse ejercitado, quedará la opción sin efecto, si bien para cancelarla será precisa la devolución de la cifra recibida «a cuenta» antes reseñada.

La negativa a la inscripción se basa en los siguientes argumentos:

– en virtud del derecho de opción concedido, la optante entrega de presente al concedente de la opción, un importe del 96 % del precio de una venta futura, cantidad que no se denomina préstamo, sino entrega «a cuenta». Esa entrega a cuenta, supone la entrega de presente de una cantidad de dinero, sin que se justifique utilidad alguna en reciprocidad por la misma para el optante (artículo 1274 del Código Civil). Además, el optante no puede en ningún caso, ejercitar la opción hasta que transcurra un año de la fecha del contrato, sin que tampoco se justifique la utilidad para las partes de dicho término esencial (artículo 1274 del Código Civil).

– esa entrega de presente «a cuenta», a la que no se denomina préstamo, y ese término esencial para el ejercicio de la opción, producen sin embargo los efectos equivalentes a un préstamo, por cuanto: hay una entrega de dinero de presente que representa el 96 % del precio pactado (artículos 1740 y 1753 del Código Civil), dinero del que van a disfrutar los concedentes durante todo un año sin contraprestación alguna, y transcurrido dicho año, habrán de devolver al optante para que cancele la opción (artículo 1753 del Código Civil). Si no se devuelve, es cuando el optante podrá ejercitar la opción en el mes siguiente, consumando la venta y abonando el residual pactado.

– se asemeja la operación documentada a una venta en garantía (carta de gracia, retroventa, opción comisorias), prohibida por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, pues bajo la fórmula de una opción de compra el acreedor-optante, transcurrido un año de la fecha del contrato, podrá quedarse con la propiedad de la cosa; mientras que si se le devuelve el dinero ya entregado de presente al deudor-concedente cancelará la opción.

– lo realmente relevante en la operación documentada, es que transcurrido el año es cuando se desenvolverán los efectos propios del contrato, no antes, pues el término es esencial (con anterioridad no hay ninguna obligación líquida, vencida ni exigible), y dichos efectos no consisten en una mera indemnización de daños o perjuicios o en exigir el cumplimiento del contrato, que es lo que verdaderamente caracteriza la opción (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1985 y 17 de noviembre de 1986), sino en la devolución de un dinero que se recibió con anterioridad, y si no se devuelve, en la consumación de la compra mediante el ejercicio de la opción. Como consecuencia de lo expuesto, formalizándose una operación en garantía no permitida, no procede practicar la inscripción.

– aun en el supuesto de estimarse que procede la inscripción de la operación en garantía, dados sus efectos equivalentes a un préstamo, tampoco sería inscribible por no haberse observado los requisitos que exigen la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (artículos 2.1.a), 22, 26, 42 y 43) en relación con la Ley 2/2009, de 31 de marzo (en particular, el artículo 1.1.b) de esta ley lo declara aplicable a cualquier medio equivalente de financiación).

Se recurre la calificación alegándose, en síntesis:

– si el negocio documentado fuese un préstamo garantizado con una opción de compra comisorias, el concedente de la opción tendría la facultad de enervar el ejercicio de la misma restituyendo las cantidades entregadas a cuenta, y sólo en caso de falta de devolución podría el optante ejercitar la opción. Esto es, debería existir una conexión directa entre el derecho de opción y la restitución de las cantidades, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicione al impago. Pero es que nada de eso ocurre en este caso, ya que en el negocio que es objeto de calificación, el optante es libre de ejercitar la opción en el plazo comprendido entre el 25 de febrero de 2024 y el 24 de marzo de 2024 (ambos incluidos), sin que en ello influya el hecho de que el oferente haya devuelto o no cantidad alguna. Sólo si el optante no ejercita la opción, el concedente queda obligado a devolver lo que recibió a cuenta del precio (como resulta lógico, al amparo del principio de reciprocidad de las prestaciones).

– la calificación parte de una confusión entre la utilidad de un contrato, o de una cláusula contractual, y la causa del contrato. «La utilidad que pudiera tener para las partes la fijación de un término inicial (mal calificado por la Sra. Registradora como “término esencial”), es una cuestión que se encuadra dentro de los móviles subjetivos de las partes, más que en la causa del contrato». La utilidad puede haber sido muy diversa; «pero esta utilidad, como decimos, es una cuestión subjetiva, que en nada influye en la causa del contrato, que sigue siendo la misma. Por eso es innecesario “justificar la utilidad”, y su falta de justificación no puede alegarse como argumento para no inscribir la escritura reseñada».

– «la registradora, añade que “esa entrega de presente ‘a cuenta’, a la que no se denomina préstamo, y ese término esencial para el ejercicio de la opción, producen sin embargo los efectos equivalentes a un préstamo (...)”. Y añade que “se asemeja pues la operación documentada a una venta en garantía (...), prohibida por los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil pues bajo la fórmula de una opción de compra, el acreedor-optante, transcurrido un año de la fecha del contrato podrá quedarse con la propiedad de la cosa, mientras que si se le devuelve el dinero ya entregado de presente al deudor-concedente, cancelará la opción”. Pero «esa pretendida vinculación del ejercicio de la opción a la devolución de la cantidad recibida no tiene reflejo alguno en la escritura

calificada, pues de la misma resulta que el optante puede ejercitar la opción con independencia de esa restitución».

– cita el recurrente la reiterada doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Pública respecto la prohibición del pacto comisorio (vid., por todas, Resoluciones de 12 y 14 de diciembre 2023), considerando que este caso es idéntico al examinado por la Resolución de 14 de diciembre de 2023, pues no se deduce de forma patente de lo pactado que estemos claramente ante un contrato de financiación inmobiliaria que esté sometido a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, ni que la opción de compra se constituya en función de garantía de aquella, pues «no se pacta en ningún caso en la escritura objeto de este expediente la concesión de préstamos o créditos hipotecarios (...). Tampoco son préstamos o créditos de los previstos en el artículo 2.1.a) y b) de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. El caso aquí planteado es una pura operación inmobiliaria, intermedia entre las arras o señal y la venta, que el legislador permite que alcance eficacia real y sea inscribible».

– la opción de compra pactada reúne los requisitos propios de todo contrato de tal naturaleza, como es son la prima, plazo para su ejercicio y el precio de ejercicio de la opción. Al ser el plazo a cuatro años y existir voluntad de eficacia real del pacto de opción, adquiere éste el carácter de inscribible (artículo 14 del Reglamento Hipotecario).

– «la sociedad optante tiene por objeto social la actividad inmobiliaria, incluyendo la mediación en la compraventa de inmuebles, y la opción de compra es un contrato que sirve de puente entre las meras arras o señal y la formalización definitiva de la compra. Y no se exige en ningún precepto legal que el precio de ejercicio de la opción sea igual, superior o inferior al precio o prima pagado por la constitución del derecho de opción, ello dependerá de las circunstancias económicas de la transacción, de que se quiera establecer una cláusula penal que incentive la formalización final de la compraventa o de si en el ínterin hay un uso o arrendamiento que haya generado gastos indemnizables que deban ser compensados. Esta indemnización por tanto no puede ser confundida con los intereses ordinarios de un préstamo, sino que constituye mera indemnización contractual por falta de culminación de la formalización de la venta».

– «en la escritura nada indica que la concesión de la opción se deba a circunstancias apremiantes o angustiosas del concedente, no hay previsión alguna respecto de posibles costes o gastos de intermediación o de otro tipo, por lo que no se puede presumir en el caso ningún incremento injustificado de la cantidad a devolver. De hecho, el concedente de la opción tan sólo debe devolver, en caso de no ejercitarse la opción, la cantidad recibida como anticipo, pero tiene derecho a retener la prima y a hacerla suya».

2. Así las cosas, el primer defecto a analizar queda resumido en esta afirmación contenida en la calificación que se recurre: «(...) formalizándose una operación en garantía no permitida, no procede practicar la inscripción»; lo que nos lleva una vez más a examinar la problemática de la opción de compra y su posible función de garantía. En relación con ello, recordemos que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y, en particular, las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 13 de julio de 2022 y 12 de diciembre de 2023, entre otras) que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil).

En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto

del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo». El Tribunal Supremo, Sala Primera, ha declarado reiteradamente (vid. entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquéllos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos. En este sentido, las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008 concluyeron que la opción de compra examinada se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de ésta), entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

Como se afirmó en las Resoluciones de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013, comúnmente se considera que la prohibición de pacto comisorio «tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar, se destaca que su ratio descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su “ius 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».

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2017 son dos los presupuestos que caracterizan la aplicación de la figura del pacto comisorio: «En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición».

En línea con esta posición jurisprudencial hay que situar la reciente doctrina de esta Dirección General (así, en sus Resoluciones de 21 de julio de 2021, 10 de marzo de 2022 y 18 de septiembre de 2023) según la cual, la prohibición del pacto comisorio no es absoluta en nuestro derecho, de modo que pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía -cualquiera que haya sido la vía seguida- se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Así lo ha reiterado este Centro Directivo en numerosas ocasiones (vid., por todas, la Resolución de 13 de julio de 2022), y en ese sentido, la registradora motiva su calificación en la jurisprudencia citada (vid. Sentencias de 15 de junio de 1999, 5 de junio de 2008 y 21 de febrero de 2017), y en sentencias de juzgados de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2021 y de 14 de marzo de 2022.

3. Dicho lo anterior, también ha declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022), 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.

En el presente caso, la calificación pone el acento en una entrega de presente «a cuenta» del precio de una compraventa a consumir en su día; entrega a la que –afirma la nota– no se denomina préstamo, pero que, no obstante, produce los efectos equivalentes a un préstamo, dado que hay una entrega de dinero de presente, del que van a disfrutar los concedentes durante todo un año sin contraprestación alguna. Y es transcurrido dicho año, cuando habrán de devolverlo al optante para que cancele la opción, de modo que, si no se devuelve, es cuando el optante podrá ejercitar la opción en el mes siguiente, consumando la venta y abonando el residual pactado. Entiende la registradora por ello, que hay una evidente semejanza con una venta en garantía (carta de gracia, retroventa, opción comisorio), prohibida por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, pues bajo la fórmula de una opción de compra el acreedor-optante, transcurrido un año de la fecha del contrato, podrá quedarse con la propiedad de la cosa; mientras que si se le devuelve el dinero ya entregado de presente al deudor-concedente cancelará la opción. Y hace especial hincapié en el hecho de que, transcurrido ese año, es cuando se desenvolverán los efectos propios del contrato, no antes; efectos que no consisten en una mera indemnización de daños o perjuicios o en exigir el cumplimiento del contrato, que es lo que verdaderamente caracteriza la opción, sino en la devolución de un dinero que se recibió con anterioridad; y de no hacerse en la consumación de la compra (léase transmisión del dominio del bien) mediante el ejercicio de la opción.

A ello objeta el recurrente que si el negocio documentado fuese un préstamo garantizado con una opción de compra comisorio, el concedente de la opción tendría la facultad de enervar el ejercicio de la misma restituyendo las cantidades entregadas a cuenta, y sólo en caso de falta de devolución podría el optante ejercitar la opción; esto es, debería existir una conexión directa entre el derecho de opción y la restitución de las cantidades, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicione al impago; pero que nada de eso ocurre en este caso, ya que en el negocio que es objeto de calificación el optante es libre de ejercitar la opción en el plazo comprendido entre el 25 de febrero de 2024 y el 24 de marzo de 2024 (ambos incluidos), sin que en ello influya el hecho de que el oferente haya devuelto o no cantidad alguna. Sólo si el optante no ejercita la opción, el concedente queda obligado a devolver lo que recibió a cuenta del precio (como resulta lógico, al amparo del principio de reciprocidad de las prestaciones).

4. Pero si analizamos cómo se articula la operativa diseñada en la escritura calificada, se repara enseguida en que no es una conclusión para nada ilógica la mantenida por la registradora en la calificación. Y es que lo que proporciona la clave para entender la operación es ese mes posterior al año en el cual la opción no puede ejercitarse; y no parece una mera especulación concluir que es durante ese periodo de tiempo (el año) cuando el concedente ha de devolver la cantidad recibida, y si no lo hace es cuando el optante, abonando el resto del precio (recordemos 4.400 euros) y ejecutando la opción deviene propietario del bien. Y añádase a lo anterior un dato no menos relevante: aun habiendo caducado la opción (por transcurrir el citado mes sin ejercitarse) para cancelarla registralmente el concedente habrá de retornar al optante la suma que se indica en el contrato, lo cual hace más patente aún el objeto del negocio realmente celebrado.

Y es esa entrega del casi por completo del precio de la compraventa al constituirse la opción (por cierto, en la misma escritura y no en otra otorgada sin solución de continuidad, como sucedió en el caso contemplado en la resolución de este Centro

Directivo de 9 de enero de 2024) la que, unida a las consideraciones precedentes, nos ofrecen la pauta para determinar la verdadera naturaleza del negocio jurídico documentado. Por lo demás, en este caso, como en tantos otros y a la vista de lo expuesto, una vez más se muestran especialmente útiles las reglas hermenéuticas que proporcionan los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, en especial el segundo párrafo del primero: «Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas».

Y no se diga que la entrega a cuenta –sus efectos– son los derivados de unas arras, señales u operación intermedia a la venta, pues en ningún momento se recogen los efectos de dicho tipo de convenciones (artículos 1454 y 1451 Código Civil). Además, esa entrega a cuenta de casi todo el precio del tiempo de formalizarse la opción, lleva a concluir que si el contrato (en cuanto a la prestación del comprador) ya se ha ejecutado casi en su totalidad en el momento de formalizarse la opción, esa prestación ya realizada no encaja en el esquema típico y causal de un contrato oneroso preparatorio (la opción) de una transmisión dominical, sino que hace tránsito a una operación que por el contrario si encaja en la función y estructura típica de un contrato de financiación.

Pero como antes avanzamos, hay otro dato en la escritura calificada que sirve de apoyo claro a la anterior conclusión, y es que, en su otorgamiento cuarto se pacta lo siguiente: «Plazo. El plazo para el ejercicio de la opción será como máximo el de un año y un mes, a contar desde este otorgamiento, por lo que vence el día 24 de marzo del año 2024, si bien, su eficacia se sujeta a término, pactando que no podrá ejercitarse hasta transcurrido doce meses desde la firma de esta escritura. Transcurrido el plazo fijado sin hacerse efectivo el ejercicio de la opción, quedará ésta sin efecto y podrá cancelarse registralmente la inscripción de la misma a instancias de la propietaria de la finca siempre que no conste su ejercicio o prórroga de la opción. No obstante, pactan expresamente que, en caso de transcurrir el plazo de un año y un mes sin haberse ejercitado el derecho de opción de compra por parte del optante, para cancelar el derecho real de opción la parte concedente deberá restituir el importe recibido a cuenta del precio y como parte del mismo a «Diversión Huelva SLU», dado que se constituye el presente derecho real de opción con carácter potestativo a favor del optante. La parte oferente no podrá cancelar el derecho real de opción sin acreditar la restitución de la suma recibida como parte del precio, ascendente a 105.600 euros, si bien, hará suyo sin tener que restituir el importe fijado como precio o prima de opción, ascendente a 5.500 euros (...)».

Es decir, que el presupuesto para la cancelación de la opción, por falta de ejercicio de la misma en el plazo convenido, no es otro que la devolución del precio «a cuenta» ya recibido con anterioridad (de la compraventa a formalizar); lo cual –reiteramos– lleva a la racional conclusión de que se está ante un negocio indirecto de efectos semejantes al préstamo, pues se anticipa una cantidad de dinero que se recibe de presente y su devolución condiciona la cancelación registral de la opción. Por tanto, la causa de esta entrega es distinta a la de optar a celebrar una compraventa futura que se haya de consumir en momento posterior, y si el concedente quiere que se cancele registralmente la opción, aunque esta no se haya ejercitado, ha de devolver la suma que, «a cuenta», recibió al constituirla. Dato, como ya se dijo, de especial relevancia a la hora de calificar el negocio jurídico celebrado.

5. Nótese igualmente, en el plano de los principios generales, que inscrito el derecho de opción sólo procede su cancelación en los términos establecidos en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria: bien porque conste el consentimiento del titular registral bien porque se presente resolución judicial firme recaída en procedimiento en el que aquél haya sido parte. Y es cierto que el asiento también puede cancelarse sin el consentimiento del titular en los casos previstos en la Ley, tal y como reconoce el propio precepto citado (vid. artículo 210.1.8.<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria en relación al artículo 177 de su Reglamento); pero tampoco lo es menos que este Centro Directivo, al analizar la problemática que plantea el ejercicio de la opción respecto de los derechos y cargas posteriores, ha admitido que en la escritura de ejercicio unilateral del derecho de opción

de compra del precio pactado se deduzca la cantidad satisfecha como precio de la constitución del derecho de opción, así como determinadas cantidades cuyas cuantías vengan especificadas en la constitución de la opción. Es decir que no existiría obligación de consignación en beneficio de los titulares de cargas posteriores cuando se ha ejercitado el derecho de opción de compra en los términos que resultan de la inscripción en el Registro, y entonces no procedería sino la cancelación de los asientos posteriores por aplicación de las reglas generales del ordenamiento sobre ejercicio de los derechos con trascendencia real y purga registral que han quedado expuestas.

Pero en el supuesto de este expediente, no se dan estas circunstancias pues, tal y como se ha configurado el negocio jurídico, de ejercitarse la opción y adquirirse así el bien en base a un mecanismo ciertamente confuso, los posibles acreedores, de existir, se verían perjudicados, toda vez que no operaría la subrogación del precio en lugar del bien, que es la razón y problemática de la ya copiosa doctrina de este Centro Directivo sobre los efectos del ejercicio de la opción respecto de los derechos y cargas posteriores. Por lo cual y en base a todas las razones ya expuestas, este defecto ha de ser confirmado, pues hay base suficiente para entender que en el presente caso se está en presencia de un mecanismo de opción de compra que se ha pactado con una finalidad de garantía de la devolución de una suma ya recibida, que ha de restituirse necesariamente, se haya ejercitado o no la opción en ese corto plazo de tiempo previsto (un mes) si se quiere cancelar registralmente la carga, lo que contraviene la prohibición del pacto comisorio, y además en cierto modo entra en colisión con el artículo 1256 del Código Civil.

6. Confirmado el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, que impide la inscripción, es innecesario analizar el segundo defecto.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 11 de junio de 2024.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.