

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

21776 *Resolución de 31 de julio de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Alicante n.º 4 a inscribir una escritura de opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don M. L. B., en nombre y representación y en su calidad de administrador de la mercantil «Hercapital, S.L.», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Alicante número 4, don Constancio Villaplana García, a inscribir una escritura de opción de compra.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de febrero de 2024 por el notario de Madrid, don Alejandro Miguel Velasco Gómez, con el número 734 de protocolo, don O. M. S. P. concedió a la mercantil «Hercapital 22, S.L.» (optante) un derecho de opción de compra sobre la finca registral número 54.411 del Registro de la Propiedad de Alicante número 4.

Sus datos relevantes eran siguientes: se fijaba como prima de la opción la cantidad de 10.000 euros; se fijaba como precio de la futura compra el de 95.000 euros; la entidad optante entregaba al concedente, como anticipo del precio de compra, la cantidad de 80.000 euros; el plazo para el ejercicio de la opción iría desde el día 27 de febrero de 2025 hasta el día 27 de agosto de 2025; la entidad optante podría ejercitar unilateralmente la opción, abonando al concedente el precio de la compra, descontadas tanto las cantidades ya entregadas como las cargas o gastos vinculados a la finca de los que hubiera tenido que hacerse cargo la entidad optante; si llegado el día 28 de agosto de 2025 no se hubiese ejercitado la opción de compra, quedaría extinguida la opción; si la optante no ejercitase la opción, y dado que los 90.000 euros ya entregados tenían el carácter de arras, la optante perdería dicha cantidad, y si el concedente, antes del día 27 de febrero de 2025, decidiese dejar sin efecto la opción, debería restituir a la optante la cantidad de 105.000 euros, en concepto de compensación por la ruptura del acuerdo de compra y gastos de constitución de la opción soportados por la optante.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Alicante número 4, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Nota de calificación desfavorable.

Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del reglamento hipotecario: El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento remitido telemáticamente a las 14:07:22 horas del día 27/02/2024, motivando el asiento de presentación número 1109 del diario 112, número de entrada 1485, que corresponde al documento otorgado por el Notario de Madrid don Alejandro Miguel Velasco Gómez, con el

número 734/2024 de su protocolo, de fecha 27/02/2024, ha resuelto no practicar los asientos solicitados sobre la base de los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

En la escritura que por la presente se califica, otorgada el 27 de febrero de 2024, don Óscar Martín San Prudencio, como concedente, concede a la mercantil Hercapital 22, SL, como optante, un derecho de opción de compra sobre la finca registral 54411.

Son datos relevantes los siguientes:

- Se fija como prima de la opción la cantidad de 10.000 euros.
- Se fija como precio de la futura compra el de 95.000 [sic] euros.
- La entidad optante entrega al concedente, como anticipo del precio de compra, la cantidad de 80.000 euros.
- Se acreditan los medios de pago tanto de la prima como del anticipo.
- El plazo para el ejercicio de la opción va desde el 27 de febrero de 2025 hasta el 27 de agosto de 2025.
- La entidad optante podrá ejercitar unilateralmente la opción, abonando al concedente el precio de la compra, descontadas tanto las cantidades ya entregadas como las cargas o gastos vinculados a la finca de los que hubiera tenido que hacerse cargo la entidad optante.
- Si llegado el 28 de agosto de 2025 no se hubiese ejercitado la opción de compra, quedará extinguida la opción.
- Si la optante no ejercitase la opción, y dado que los 90.000 euros ya entregados tienen el carácter de arras, la optante perdería dicha cantidad.
- Si el concedente, antes del 27 de febrero de 2025, decidiese dejar sin efecto la opción, deberá restituir a la optante la cantidad de 105.000 euros, en concepto de compensación por la ruptura del acuerdo de compra y gastos de constitución de la opción soportados por la optante.
- Como objeto social, la entidad optante se dedica, entre otras actividades, a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, concesión de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación.

Fundamentos de Derecho.

Según tiene reiteradamente declarado la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (resoluciones de 28-1-2020, 15-3-2021 y 10-3-2022), en los contratos de opción ha de respetarse el principio de conmutatividad o de equilibrio entre las prestaciones de las partes; y específicamente, si intervienen consumidores, con el objetivo de proteger sus intereses.

Sobre la base de esta doctrina general, en su resolución de 9-1-2024 declaró la Dirección General que una operación similar a la presente no es inscribible porque en ella, bajo la apariencia de un contrato de opción de compra, lo que subyace es un negocio que envuelve una finalidad de garantía extraña a la causa del contrato de opción y que resulta contrario a la prohibición del pacto comisorio contenida en los arts. 1859 y 1884 del Código Civil, pues, razona la Dirección General, bajo la apariencia de un contrato de opción de compra se esconde un comiso que permite a la sociedad optante (acreedora) hacerse dueña de la finca ofrecida en garantía, sin los requisitos y cautelas propios de la ejecución procesal o notarial (tutela de los intereses del deudor por el juez o el notario, tasación independiente y objetiva de la finca, venta en pública subasta...). Resulta claramente la existencia de una financiación por la optante, como acreedor, al concedente de la opción, como deudor, mediante la entrega de una serie de cantidades instrumentadas bajo la forma de pagos a cuenta del precio de la futura compraventa. Existe, en fin, una clara falta de equilibrio entre las partes contratantes, con un evidente perjuicio para el concedente deudor.

Por todo lo cual, la escritura no es inscribible.

Contra esta calificación (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Constanancio Villaplana García registrador/a de Registro Propiedad de Alacant 4 a día veinticuatro de abril del dos mil veinticuatro».

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Dolores, don Pedro Fandos Pons, quien, con fecha 13 de mayo de 2024, confirmó la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Alicante número 4.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don M. L. B., en nombre y representación y en su calidad de administrador de la mercantil «Hercapital, S.L.», interpuso recurso el día 30 de mayo de 2024 mediante escrito del siguiente tenor:

«Expone:

I Que, con fecha 27 de febrero 2024, D. O. M. S. (“Concedente”) y Hercapital, S.L (“Optante”) suscribieron una escritura pública ante el Notario de Madrid, D. Alejandro Miguel Velasco Gómez, con número 734 de su orden de protocolo (la “Escritura Pública”).

En la mencionada Escritura Pública, con la finalidad de llevar a cabo una compraventa, se pactó un derecho de opción de compra sobre la siguiente finca registral:

Urbana. Numero veinte. Apartamento décimo de (...), en término de Alicante. Mide cuarenta y ocho metros cuadrados (48 m²), distribuidos en vestíbulo, living, dos dormitorios, cocina y baño. Cuenta con una terraza o solana.

Inscrita en en [sic] el Registro de la Propiedad número 2 de Alicante, al tomo 3745, libro 1417, folio 85, finca número 54.411, inscripción segunda.

Código registral único: 03023000099260.

Referencias Catastral: 3394302YH2439C0056UX (En adelante, la “Finca”).

I Que, en la misma fecha de elevación a público, el optante llevó a cabo la notificación registral fehaciente, mediante remisión telemática, del asiento de presentación de la Escritura Pública en el Registro de la Propiedad de Alicante 4.

I Que, posteriormente, el 24 de abril de 2024, El Sr. Registrador denegó la inscripción de la Escritura Pública presentada por entender que estaba afecta de nulidad radical o de pleno derecho (la “Calificación Desfavorable”) (...)

I Como consecuencia del anterior apartado III y con la finalidad de instar una nueva calificación de la Escritura Pública por un Registrador sustituto, el 9 de mayo de 2024, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y el Real Decreto 1039 de 2003, la optante solicitó la indicación del cuadro de sustituciones, así como la calificación sustitutoria, designándose como nuevo registro el Registro de la Propiedad de Dolores.

I Finalmente, el 13 de mayo de 2024, el Registrador Sustituto confirmo la calificación efectuada por el Registrador titular del Registro de la Propiedad de Alicante 4 (la “Calificación Sustitutoria”) (...)

Que habiéndose notificado a los optantes en fecha 13 de mayo de 2024 la calificación desfavorable del Registrador Sustituto y no estimando la misma conforme a Derecho, mediante el presente escrito, dentro del plazo concedido al efecto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 325 y siguientes de la Ley Hipotecaria, se interpone contra la calificación desfavorable de 11 de febrero de 2022 y de 17 de marzo

de 2022 recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en base a las siguientes

Alegaciones.

Primera. Objeto social de las concedentes.

Según se describe en el Artículo Dos de los estatutos sociales de las sociedades, el objeto principal de la misma, entre otros resulta ser:

“la adquisición, promoción y rehabilitación de cualesquiera bienes inmuebles, para la tenencia, disfrute, administración, enajenación y arrendamiento de los mismos. La mediación en operaciones de compraventa y arrendamiento de inmuebles. Actividades inmobiliarias”.

Segunda. Validez y no desnaturalización del contrato de opción de compra.

En la Calificación Desfavorable se pone en tela de juicio la operativa de la opción de compra elevada a público entre las Partes. Según se expone en la misma, para que una opción de compra sea válida no se deben otorgar elevadas primas, sin embargo, como más adelante se analiza, los términos contractuales de la Escritura Pública son válidos y acordes a Derecho.

El contenido típico de un contrato sencillo y básico es perfectamente modificable, permitiendo a las Partes acordar voluntariamente un mayor nivel de complejidad contractual. En este sentido, no se ha presentado por parte del Registrador en su Calificación Desfavorable una exposición completa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho de opción de compra que incluya la interpretación de sobre la validez de los pactos más complejos basados en la figura jurídica de la opción. Resulta particularmente relevante la Sentencia número 903 del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 2011, que en materia de vulneración de los artículos 1.255, 1.256 y 1.454 del Código Civil aplicados al contrato de opción de compra establece en su Fundamento Tercero que:

“alega la infracción de los artículos 1255 y 1256 del Código civil y cita una jurisprudencia indiscutible sobre la opción de compra, pero olvida que las partes, conforme al artículo 1255 pueden añadir pactos que permitan no desnaturalizar el negocio jurídico, sino 3-7.

modificar su contenido típico, lo cual será obligatorio para ellas, conforme al artículo 1256. Por tanto, no se han infringido tales normas, sino que han sido observadas. La cláusula sexta, antes transcrita, prevé el desistimiento por ambas partes, en el párrafo primero la optante (“...no ejercerá la opción...”) y en el párrafo segundo, la concedente (“...incumplimiento de compromiso contenido en el presente documento por causas imputables a la parte concedente...”) imponiéndose una sanción al primero (“...la cedente retendrá la prima...”) y al segundo (“... devolver la prima de la opción más otra cantidad igual en concepto de daños y perjuicios...”). No aparece causa alguna que permita dudar de su validez y no desnaturaliza el contenido típico de la opción, sino que impone una previsión y una sanción para una y otra de las partes.

El submotivo segundo denuncia infracción del artículo 1454 del Código civil y niega que la cláusula sexta, párrafo segundo, imponga unas arras penitenciales o de desistimiento. Estas son aquéllas que autorizan a las partes a desistir del contrato, perdiéndolas el futuro adquirente o devolviéndolas duplicadas el transmitente. Las contempla el Código civil en el mencionado artículo 1454, desarrollado por la jurisprudencia que destaca su carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva, como dice la sentencia de 24 de octubre de 2002 que recoge numerosa jurisprudencia anterior y añade que la cláusula que la establece, para ser considerada como tal, es preciso que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido. Este es el caso de autos, que claramente dispone que el concedente, si incumple, simplemente deberá devolver el precio de la opción duplicado, a la parte optante. Lo prevé el ordenamiento jurídico, lo trata la jurisprudencia y lo han previsto las partes, en

aras al principio de la autonomía de la voluntad, debiendo acatarse en aras a la necessitas, esencia de la obligación.

En consecuencia, no se han infringido los artículos 1454, sino que se ha observado, ni los artículos 1256 y 1256 que se han cumplido. Ambos motivos, pues, se desestima.”

Por los motivos expresados en la anterior Sentencia del Tribunal Supremo, en el presente supuesto no se han visto quebrantados los artículos 1.255, 1.256 ni 1.454 del Código Civil. El hecho de haber pactado las Partes libremente el establecimiento de una prima con carácter de arras no desnaturaliza el contrato de opción de compra, no afecta a un elemento esencial.

En lo que respecta a este punto, no cabe duda de que las Partes han pactado una opción de compra sobre la Finca cuyos elementos esenciales son la prima, la duración (plazo) y el precio de ejercicio.

Según se advierte en la Escritura Pública, las Partes pactaron los siguientes elementos esenciales:

Una prima y anticipo de arras, por importe de noventa mil euros (90.000,00 €);

Un precio de la compraventa por importe de noventa y cinco mil euros (95.000,00 €);

Un plazo para el ejercicio de la opción de compra que se podrá ejecutar por los optantes entre el día siguiente al 27 de febrero de 2025 y 27 de agosto de 2025; e

igualmente, el Concedente puede dejar sin efecto la opción de compra antes del 27 de febrero de 2025 debiendo restituir la cantidad de la prima más una penalización en concepto de compensación por la ruptura del acuerdo de compra y por los gastos de constitución de la opción de compra. Insisto que en el ordenamiento jurídico español la cantidad a restituir por el incumplimiento de un contrato de arras asciende al doble de la cantidad entregada.

Se puede advertir que la opción de compra pactada entre las Partes resulta ser más compleja que la tradicional, no obstante, se acordaron mutua y libremente estos términos y ello no desnaturaliza el contrato de opción de compra al concurrir los elementos esenciales definidos anteriormente, la prima, la duración y el precio de ejercicio.

Tercera. Cumplimiento del artículo 1.256 del Código Civil.

En relación con lo establecido en el artículo 1.256 del Código Civil, se debe poner de manifiesto que en el presente supuesto no se deja el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes. En este sentido, el artículo 1.255 del mismo texto normativo, reconoce el principio de la autonomía de la voluntad en el derecho contractual. Y, en el presente supuesto, el contrato de opción de compra ha sido pactado con las cláusulas, pactos y condiciones que las Partes han deseado.

El optante no han [sic] dejado que el cumplimiento del contrato de opción de compra quede al arbitrio de la decisión unilateral del Concedente, sino que precisamente permiten que este obtenga, en su caso, un mejor precio por la Finca por parte de un tercero, facultándole para verificar la condición resolutoria y dejar sin efecto el derecho de opción constituido. Es decir, la condición resolutoria pactada en el contrato de opción de compra no es una condición puramente potestativa para el Concedente, puesto que no depende de su pura y única voluntad, sino que antes de la fecha en que los optantes puedan ejercitar la opción de compra, se requiere entre otros pactos: (i) de la entrega del importe de la prima de la opción de compra, (ii) más una cantidad en compensación por la ruptura del acuerdo y por los gastos de constitución sufragados y (iii) la formalización en escritura pública.

Así se acredita en las Estipulaciones Primera y Segunda de la Escritura Pública e, igualmente, en el Expositivo II de la misma que establece lo a continuación descrito:

“II. Que O. M. S. ha venido negociando la venta de la finca descrita con, Hecapital 22 SL y fruto de dicha negociación, finalmente han convenido un precio, que de mutuo acuerdo han fijado de forma preliminar en noventa y cinco mil euros (95.000€).

No obstante, durante la negociación para la venta, don O. M. S. ha afirmado la posibilidad de obtener un precio superior, a la vista de las condiciones del mercado, mientras que, Herculapital 22 SL sostiene que el precio convenido de noventa y cinco mil euros (95.000€) es el que corresponde a las condiciones actuales de mercado.

(...) se reconoce a don O. M. S. la posibilidad de dejar sin efecto la opción si encuentra un comprador que le ofrezca una cifra superior.

(...) si O. M. S. opta por dejar sin efecto la opción de compra y por tanto la futura compraventa, deberán devolverlo en la cantidad que más adelante se indicará, en ambos casos como si se tratara de una señal.”

En lo que se refiere al cumplimiento arbitrario de uno de los contratantes, se debe señalar que el contrato de opción de compra del presente supuesto recoge que en su cumplimiento se observen dos (2) fases distintas: la primera de ellas, una fase en la cual el Concedente pueda intentar encontrar un tercero que ofrezca un precio superior al precio de ejercicio pactado y, la segunda, una fase en la cual los optantes podrán ejercitar libremente su derecho de opción de compra debiendo el Concedente cumplir con los términos del mencionado contrato.

Del anterior apartado se concluye que en las dos (2) fases se estipulan derechos y obligaciones tanto para el Concedente como para los optantes. Y, por ello, no se debe calificar a la condición resolutoria como condición puramente potestativa, debido a que su cumplimiento no depende de la exclusiva voluntad de los optantes.

Debe entenderse incuestionable que las Partes han acordado los términos del contrato de opción de compra según sus legítimos intereses y de conformidad a Derecho. En virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden establecer las condiciones que estimen pertinentes siempre que no contradigan a las leyes, la moral ni al orden público. La Sentencia del Primera del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2016 consagra la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad frente a los artículos del Código Civil alegados por el Registrador:

“1.ª) Es jurisprudencia reiterada de esta Sala que el artículo 1256 CC, al ser excesivamente genérico, es inidóneo para sostener por sí mismo un motivo de casación [SSTS 636/2008, de 26 de junio (Rec. 1648/2001), 730/2009, de 3 de noviembre (Rec. 782/2005) y 421/2011, de 13 de junio (Rec. 1008/2007), y las en ella citadas].

2.ª) Ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal de dicho artículo (‘La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes’), se ha sostenido autorizadamente, a la luz del comentario de García Goyena a su precedente, el artículo 979 del Proyecto del 1851 sin paralelo en la codificación decimonónica, que se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1115.I CC -nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa-, procedente de textos del Digesto referidos a las obligaciones nacidas de stipulatio (por consiguiente, con un solo acreedor y un solo deudor). No expresaría, así, sino el principio lógico de que, en frase del propio García Goyena, ‘quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles’.

En cualquier caso, con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código: si «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente (arts. 1255 CC y 25.1 LCSP) en el contrato mismo de que se trate.

Cabalmente por ello, las Sentencias de esta Sala 1222/1995, de 9 de enero (Rec. 2800/1991), 1259/2007, de 30 de noviembre (Rec. 4502/2000), 85/2010, de 19 de febrero (Rec. 2129/2005) y 217/2011, de 31 de marzo (Rec. 807/2007) han declarado que no cabe dar al artículo 1256 CC el significado de prohibir la inclusión en el contrato mismo de un pacto que otorgue a uno de los contratantes un derecho potestativo de desistimiento o denuncia unilateral.”

Por otro lado, conforme a la interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 1.115 del Código Civil, no puede considerarse como puramente potestativa una condición pactada cuando la misma está estrechamente ligada y en dependencia de motivos razonables. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de diciembre de 1993 incide sobre este argumento de la siguiente manera:

“(…) ciertamente la obligación potestativa pura hace nula la obligación que de ella depende de acuerdo con el primer apartado del artículo 1.115 del Código Civil, en relación con el artículo 1.256, de que constituye una mera especificidad, pero no ocurre así con las condiciones como la que nos ocupa, en la cual la obligación depende en parte de la voluntad, pero también de otro hecho externos, lo que hace que la condición sea válida (Sentencias de 29 de noviembre de 1919, 4 de marzo de 1926, 22 de noviembre de 1927, 7 de febrero de 1954 y 10 de diciembre de 1960) interpretando a sensu contrario el expresado artículo 1.115”.

La Dirección General del Registro y del Notariado coincide con el hilo jurisprudencial del Tribunal Supremo haciendo restrictiva la interpretación del artículo 1.115 del Código Civil en relación con el artículo 1.256, decantándose por calificar como condición no invalidante aquella en que la voluntad del concedente desprenda de un complejo de motivos e intereses que, actuando sobre ella, influyan en su determinación, aunque sean confiados a la valoración 6-7

exclusiva del interesado. En este mismo sentido se toman como muestra las Resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado de fecha 13 de febrero de 1999 y de 25 de febrero de 1994.

La Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de fecha 18 de mayo de 2018 aborda la validez de una condición que tenía por objeto la mera transmisión de la finca, negando el carácter de puramente potestativa atendiendo a la fijación de un plazo para su ejercicio y de un precio para efectuar la transmisión. En lo que nos ocupa al presente caso, la condición resolutoria pactada depende de dos (2) hitos: que la misma se ejercite en el plazo pactado y, en mejores condiciones económicas que las pactadas en el contrato de opción de compra. Tal como señala la referida Resolución:

“(…) no cabe, por tanto, calificar de putamente potestativa la condición que ahora se analiza, dado que su posible cumplimiento no depende de la pura arbitrariedad del deudor, sino también de hechos y voluntades externas, pues si bien compete al deudor la obligación de realizar todas las gestiones necesarias para lograr un acuerdo con un eventual comprador en el plazo y por el precio fijados, la efectiva celebración del contrato de compraventa depende en última instancia de la decisión de un tercero”.

Cuarta. Referente al pacto comisorio.

En el Expositivo Segundo de la Escritura Pública se recoge sucintamente la motivación del negocio jurídico: la decisión tomada por el Concedente de vender la Finca, la voluntad de los optantes de suscribir una opción de compra sobre la Finca a un precio de venta mutuamente acordado, poniendo en riesgo el importe de una prima conceptuada como arras y tomando una visión y un riesgo en referencia al mercado inmobiliario y sus fluctuaciones, el interés del Concedente en poder resolver el contrato durante una parte de la duración del mismo si encontrase un mejor comprador, y en recibir una parte del precio de ejercicio de manera inmediata. No existe por tanto ningún elemento objetivo que muestre en el espíritu de la transacción la existencia de pacto comisorio.

Resulta patente que los optantes arriesgan en la transacción el importe entregado como prima conceptuada como arras y que no hay obligatoriedad en el ejercicio de la opción, que depende tanto del nivel general de precio del mercado inmobiliario y del nivel específico de precio de la Finca en particular que se grava. No existiendo, por tanto, garantía de que la optante recuperará las cantidades, al estar la prima/arras sujetas a los

riesgos anteriormente indicados, más aún ante una situación de incertidumbre como la que vivimos actualmente.

Los argumentos aducidos por el Registrador carecen de relevancia en el caso que nos ocupa, ya que resuelven sobre opciones en pago de deuda, y no son supuestos remotamente semejantes al presente supuesto. El anticipo del precio en calidad de prima y/o arras surge como parte del acuerdo entre las Partes, siendo importante destacar que esta cantidad no devenga intereses durante la vida del contrato. El Concedente disponen de un plazo de un (1) año para lograr vender la Finca por importe superior al pactado entre las Partes en la Escritura Pública y durante ese plazo la cantidad entregada al Concedente no ha devengado ningún tipo de interés a favor de la optante.

Por lo que, en definitiva, difícilmente podemos observar en este escenario los elementos constitutivos de un préstamo (obligación de devolución del principal y devengo de intereses durante la vida del préstamo), mucho menos de un pacto comisorio.

Por todo ello, se debe entender que las calificaciones dictadas por los Registradores del Registro de la Propiedad de Alicante 4 y por el Registrador Sustituto del Registro de la Propiedad de Dolores, respectivamente, resultan ser manifiestamente contrarias a Derecho.

Y, en virtud de lo anteriormente expuesto,

Solicito que, teniendo por presentado, en tiempo y forma, este escrito y los documentos que se acompañan, se sirva admitirlos, teniendo por interpuesto recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública contra las calificaciones dictadas por los Registradores del Registro de la Propiedad de Alicante 4 y por el Registrador Sustituto del Registro de la Propiedad de Dolores, respectivamente, y, previos los trámites legales oportunos, se dicte resolución revocando las citadas calificaciones, dejando las mismas sin efecto, y se proceda a dictar resolución favorable para inscribir la opción de compra recogida en la escritura pública de fecha 27 de febrero de 2024 otorgada por el Notario de Madrid, D. Miguel Alejandro Velasco Gómez con número 734 de su orden de protocolo en el correspondiente Registro de la Propiedad».

V

El registrador de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo el día 31 de mayo de 2024. Y el día 25 de julio de 2024 informó que al notario autorizante de la escritura calificada se le notificó telemáticamente el día 15 de julio de 2024 de la interposición del recurso, sin que, y transcurridos los cinco días previstos en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, haya presentado 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, 17 de marzo y 20 de abril de 2009, 31 de marzo y 1 de diciembre de 2011, 29 de mayo de 2014, 15 de junio de 2016 y 21 de febrero de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 25 de febrero y 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 13 de febrero y 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 10 de enero de 2001, 19 de febrero de 2002, 20 de noviembre de 2006, 24 de

septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 20 de julio, 20 de septiembre y 21 de octubre de 2012, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 14 de julio de 2016, 12 de enero de 2017, 26 de diciembre de 2018, 14 de mayo de 2019 y 28 de enero de 2020, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 11 de abril y 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 y 28 de junio y 22 de julio de 2024.

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

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Alejandro Miguel Velasco Gómez, el día 27 de febrero de 2024, con el número 734 de protocolo, don O. M. S. P., concedió a la mercantil «Hercapital 22, S.L.» un derecho de opción de compra sobre la finca registral 54411.

Sus datos relevantes son los siguientes: Se fija como prima de la opción la cantidad de 10;000 euros; Se fija como precio de la futura compra el de 95;000 euros; La entidad optante entrega al concedente, como anticipo del precio de compra, la cantidad de 80;000 euros; El plazo para el ejercicio de la opción va desde el día 27 de febrero de 2025 hasta el día 27 de agosto de 2025; la entidad optante podrá ejercitar unilateralmente la opción, abonando al concedente el precio de la compra, descontadas tanto las cantidades ya entregadas como las cargas o gastos vinculados a la finca de los que hubiera tenido que hacerse cargo la entidad optante; si llegado el día 28 de agosto de 2025 no se hubiese ejercitado la opción de compra, quedará extinguida la opción; si la optante no ejercitase la opción, y dado que los 90;000 euros ya entregados tienen el carácter de arras, la optante perdería dicha cantidad, y si el concedente, antes del día 27 de febrero de 2025, decidiese dejar sin efecto la opción, deberá restituir a la optante la cantidad de 105.000 euros, en concepto de compensación por la ruptura del acuerdo de compra y gastos de constitución de la opción soportados por la optante.

La negativa a la inscripción (en una calificación confirmada por la sustitutoria) se basa en lo siguiente: «Según tiene reiteradamente declarado la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (resoluciones de 28-1-2020, 15-3-2021 y 10-3-2022), en los contratos de opción ha de respetarse el principio de comutatividad o de equilibrio entre las prestaciones de las partes; y específicamente, si intervienen consumidores, con el objetivo de proteger sus intereses. Sobre la base de esta doctrina general, en su resolución de 9-1-2024 declaró la Dirección General que una operación similar a la presente no es inscribible porque en ella, bajo la apariencia de un contrato de opción de compra, lo que subyace es un negocio que envuelve una finalidad de garantía extraña a la causa del contrato de opción y que resulta contrario a la prohibición del pacto comisorio contenida en los arts. 1859 y 1884 del Código Civil, pues, razona la Dirección General, bajo la apariencia de un contrato de opción de compra se esconde un comiso que permite a la sociedad optante (acreedora) hacerse dueña de la finca ofrecida en garantía, sin los requisitos y cautelas propios de la ejecución procesal o notarial (tutela de los intereses del deudor por el juez o el Notario, tasación independiente y objetiva de la finca, venta en pública subasta...). Resulta claramente la existencia de una financiación por la optante, como acreedor, al concedente de la opción, como deudor, mediante la entrega de una serie de cantidades instrumentadas bajo la forma de pagos a cuenta del precio de la futura compraventa. Existe, en fin, una clara falta de equilibrio entre las partes contratantes, con un evidente perjuicio para el concedente deudor».

Se recurre la calificación alegándose, en síntesis, lo siguiente:

– No se han visto quebrantados los artículos 1255, 1256 o 1454 del Código Civil, y el hecho de haber pactado las partes libremente el establecimiento de una prima con carácter de arras no desnaturaliza el contrato de opción de compra, no afecta a un elemento esencial. Las partes han pactado una opción de compra sobre la finca cuyos elementos esenciales son la prima, la duración (plazo) y el precio de ejercicio; resulta ser

más compleja que la tradicional; no obstante, se acordaron mutua y libremente estos términos y ello no desnaturaliza el contrato de opción de compra al concurrir los elementos esenciales definidos anteriormente, la prima, la duración y el precio de ejercicio.

– No se deja el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes y, en el presente supuesto, el contrato de opción de compra ha sido pactado con las cláusulas, pactos y condiciones que las partes han deseado. El optante no ha dejado que el cumplimiento del contrato de opción de compra quede al arbitrio de la decisión unilateral del concedente, sino que precisamente permiten que este obtenga, en su caso, un mejor precio por la finca por parte de un tercero, facultándole para verificar la condición resolutoria y dejar sin efecto el derecho de opción constituido. Es decir, la condición resolutoria pactada en el contrato de opción de compra no es una condición puramente potestativa para el concedente, puesto que no depende de su pura y única voluntad, sino que antes de la fecha en que los optantes puedan ejercitar la opción de compra, se requiere entre otros pactos: (i) de la entrega del importe de la prima de la opción de compra; (ii) más una cantidad en compensación por la ruptura del acuerdo y por los gastos de constitución sufragados, y (iii) la formalización en escritura pública.

– No existe ningún elemento objetivo que muestre en el espíritu de la transacción la existencia de pacto comisorio. Resulta patente que los optantes arriesgan en la transacción el importe entregado como prima conceptuada como arras y que no hay obligatoriedad en el ejercicio de la opción, que depende tanto del nivel general de precio del mercado inmobiliario y del nivel específico de precio de la finca en particular que se grava; no existiendo, por tanto, garantía de que la optante recuperará las cantidades, al estar la prima/arras sujetas a los riesgos anteriormente indicados, más aún ante una situación de incertidumbre como la que vivimos actualmente.

– Los argumentos aducidos por el registrador carecen de relevancia en el caso que nos ocupa, ya que resuelven sobre opciones en pago de deuda, y no son supuestos remotamente semejantes al presente supuesto. El anticipo del precio en calidad de prima y/o arras surge como parte del acuerdo entre las partes, siendo importante destacar que esta cantidad no devenga intereses durante la vida del contrato; el concedente dispone de un plazo de un año para lograr vender la finca por importe superior al pactado entre las partes en la escritura pública y durante ese plazo la cantidad entregada al concedente no ha devengado ningún tipo de interés a favor de la optante. Difícilmente podemos observar en este escenario los elementos constitutivos de un préstamo (obligación de devolución del principal y devengo de intereses durante la vida del préstamo), y mucho menos de un pacto comisorio.

2. Así las cosas, la objeción a la inscripción queda claramente señalada en la nota y se resume en estas dos ideas básicas: «(...) bajo la apariencia de un contrato de opción de compra, lo que subyace es un negocio que envuelve una finalidad de garantía extraña a la causa del contrato de opción y que resulta contrario a la prohibición del pacto comisorio contenida en los arts. 1859 y 1884 del Código Civil (...) Resulta claramente la existencia de una financiación por la optante, como acreedor, al concedente de la opción, como deudor, mediante la entrega de una serie de cantidades instrumentadas bajo la forma de pagos a cuenta del precio de la futura compraventa». Lo que nos lleva, una vez más, a examinar la problemática de la opción de compra y su posible función de garantía.

Respecto de dicha cuestión, ha de recordarse que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid., por ejemplo, las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 y 28 de junio y 22 de julio de 2024, entre otras, siendo de especial relevancia las tres últimas, por su enfoque de la problemática que subyace en este tipo de operaciones), que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda

apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil).

En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo». El Tribunal Supremo, Sala Primera, ha declarado reiteradamente (vid. entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquéllos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

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

Como se afirmó en las Resoluciones de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013, comúnmente se considera que la prohibición de pacto comisorio «tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar, se destaca que su ratio descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su “ius distrahendi”, protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del “ius distrahendi”, en que está prevista la suerte de los mismos».

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

En línea con esta posición jurisprudencial hay que situar la reciente doctrina de esta Dirección General (así, en sus Resoluciones de 21 de julio de 2021, 10 de marzo de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 de junio y 22 de julio de 2024) según la cual, la prohibición del pacto comisorio no es absoluta en nuestro derecho, de modo que pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía –cualquiera que haya sido la vía seguida– se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Así lo ha reiterado este

Centro Directivo en numerosas ocasiones (vid., por todas, la Resolución de 13 de julio de 2022).

También ha declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022, entre otras citadas), que deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, y que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello –se añade– podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad o inadmisibilidad del pacto en cuestión.

En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor.

3. Indudablemente, han de tenerse bien presentes las consideraciones que este Centro Directivo viene reiterando en las diversas resoluciones que han abordado la problemática –recurrente, por cierto– de opciones de compra pactadas en posible función de garantía de una operación de financiación, y que encubran un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento.

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

Declaraciones de las partes, por tanto, a tener en cuenta, y no menos importante es la aplicación de la regla interpretativa que proclama el artículo 1281.2 del código Civil («si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas»). Y como veremos más adelante, este último precepto nos va a dar la pauta para resolver la cuestión planteada en el recurso, pues cabe concluir que lo que subyace en el supuesto que lo motiva es una financiación concedida al titular de la finca (objeto de la dicha opción de compra), cuya satisfacción para el acreedor, caso de no ser devueltas las cantidades anticipadas por el optante al concedente, lo es mediante el ejercicio de la opción concedida. Con un plazo corto de ejercicio y que opera sin solución de continuidad respecto del prefijado para que el concedente, abonando una determinada cantidad al optante, pueda dejarla sin efecto; por ello, la opción pactada –y para la finalidad pactada– supone emplear un negocio jurídico cuya función económico social (causa) en absoluto consiste en una finalidad solutoria –adjudicándose/adquiriendo la finca– sino en algo bien distinto.

Causa, por lo demás, desnaturalizada a la vista de lo pactado, pues las previsiones de las partes en el sentido de que el concedente de la opción puede dejarla sin efecto antes de la fecha que marca el «dies a quo» para el ejercicio de la misma, entregando al optante una cantidad mayor que el precio final de compra, hacen bascular un negocio jurídico de matiz marcadamente unilateral a otro bien diferente, de matiz marcadamente bilateral.

En efecto y como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (vid. la Sentencia de 23 de abril de 2010, por todas): «(...) El precontrato de opción es aquel por el que una de las partes atribuye a la optante el derecho de decidir la puesta en vigor de un contrato (normalmente, como en el presente caso, de compraventa) en un concreto plazo. En este sentido, sentencias de 21 de noviembre de 2000 (“implica la concesión por una parte a la otra de la facultad exclusiva de decidir la celebración o no del contrato principal de compraventa”, dice literalmente), 5 de junio de 2003, 26 de marzo de 2009. Por tanto,

el efecto de [sic] produce es que si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente. Y el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración, que se hará de mutuo acuerdo o por resolución judicial, tras el procedente proceso».

4. Y es indudable que, con arreglo a las estipulaciones negociales reseñadas al principio, es el concedente quien tiene una última oportunidad de evitar que la opción despliegue al ser ejercitada por el optante. Sencillamente pagando lo convenido, pues el concedente si no paga esa cantidad que se ha estipulado antes del 27 de febrero de 2025 (superior en 15.000 euros a la cantidad recibida de 90.000), vencido dicho plazo, y hasta el día 27 de agosto de 2025, es el optante (que no ha sido reembolsado por tanto de la suma indicada) quien ejercitando la opción hace suya la finca, con lo que de esa forma salda la deuda, adquiriendo una finca cuya valoración objetiva sencillamente no existe (como siempre se requiere y es propio de todo procedimiento de ejecución).

Y sin olvidar que los posibles acreedores, de existir, se verían perjudicados, toda vez que no operaría la subrogación del precio por abonar 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; cargas y derechos posteriores que bien pudieran existir al tiempo de ejercitarse la opción, no conteniendo la escritura calificada adecuada previsión al respecto.

Y es que, en efecto y a la vista de lo reflejado en la escritura calificada, para ejercer la opción bastaría que el optante abonara, o consignara, la suma de cinco mil euros; ahora bien, no puede obviarse que esta Dirección General ha admitido, bajo determinadas condiciones, que de la escritura de ejercicio unilateral del derecho de opción de compra resulte que del precio pactado se deduzca la cantidad satisfecha como precio de la constitución del derecho de opción, así como determinadas cantidades cuyas cuantías vengán especificadas en la constitución de la opción. Es decir, que no existiría obligación de consignación en beneficio de los titulares de eventuales cargas posteriores si se ejercita en su día el derecho de opción de compra en los términos que resultan de la inscripción en el Registro, procediendo entonces 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 este caso solo se prevé la realización (o eventual consignación) de un pago a la parte vendedora en el momento de la compraventa (y no deja de llamar la atención que se aluda al pago de «cantidades que hayan sido necesarias para cancelar el préstamo que grava con hipoteca la finca objeto de la presente, que se relaciona en el apartado «Cargas»», cuando en realidad no consta ni en el apartado de cargas de la escritura, ni en la nota registral incorporada). Como tampoco se contienen previsiones que puedan estimarse adecuadas y conformes a la expuesta doctrina de este Centro Directivo, en orden a la consignación por realizar a disposición de titulares de eventuales gravámenes posteriores.

En suma, por tanto, y en línea de principios, las partes intervinientes no pueden, en ejercicio del derecho real de opción, reducir a la nada el contenido del Registro en perjuicio de posibles terceros posteriores que hayan confiado en los pronunciamientos de los asientos registrales, defraudando así sus expectativas a consolidar sus derechos sobre el precio de la compraventa. En su virtud, tanto por exigencia legal como por exigencia contractual, procederá en su día el depósito del precio o su garantía en el supuesto de aplazamiento, pero no la retención por quien ejercite la opción; exigencia – la del depósito del precio – que en modo alguno se prevé en la escritura calificada.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 31 de julio de 2024.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.