

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

23007 *Resolución de 9 de septiembre 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 Madrid n.º 7 a inscribir una escritura de opción de compra.*

En el recurso interpuesto por doña V. S. F., abogada, en nombre y representación de la mercantil «AM Alquiler e Inversiones, S.L.», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Madrid número 7, doña María Concepción Iborra Grau, a inscribir una escritura de opción de compra.

Hechos

I

Mediante escritura titulada como «opción de compra sujeta a ratificación», autorizada el día 13 de marzo de 2023 por el notario de Madrid, don Jaime Recarte Casanova, con el número 1.915 de protocolo, y ratificada por otra escritura otorgada el día 13 de marzo de 2024 ante el notario de Barcelona, don Jaime Calvo Francia, con el número 2.542 de protocolo), don E. L. L. (parte concedente/vendedora), concedió a la mercantil «AM Alquiler e Inversiones, S.L.» (parte optante/compradora), un derecho de opción de compra sobre la finca registral número 2.104 del Registro de la Propiedad de Madrid número 7 (gravada con dos hipotecas en favor de la entidad «Caixabank, S.A.», si bien en la escritura se aludía también a un «embargo que grava la finca objeto de la presente», el cual no aparecía en la nota registral incorporada a aquélla).

De la citada escritura cabe reseñar lo siguiente:

a) como manifestación previa al otorgamiento, se indicaba («II.–Manifestaciones»): «(...) Antes de dar continuidad a la lectura de la presente escritura la parte concedente/vendedora de la opción de compra hace manifestación expresa de que el precio establecido para ejercitar la opción de compra aquí establecida y como consecuencia adquirir la finca descrita, ha sido pactado y tratado con suficiente antelación para valorar su conveniencia o no y que el importe establecido, así como que el resto de las condiciones contenidas en la presente escritura de opción de compra son fruto de negociaciones previas que satisfacen suficientemente sus intereses, así mismo se hace mención de que la parte concedente/vendedora no depende en absoluto, ni mantiene relación de confianza, con respecto a la parte optante, ni que se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica o necesidad imperiosa de vender la finca, además la parte concedente/vendedora confirma haber entendido claramente el contenido de los acuerdos establecidos en la presente escritura y que en ningún caso considera que el optante obre de mala fe ni aprovechándose de ninguna circunstancia personal».

b) y de las estipulaciones: «Primera.–La cedente/vendedora, concede en favor de la optante/compradora, que acepta y adquiere, en pleno dominio, un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los derechos y participaciones de la que es titular sobre la finca descrita en el exponen de esta escritura, entendiéndose, ambas partes, que se fundamenta en una causa onerosa, consistente en que, dentro del plazo estipulado, se adquiera por la optante la finca objeto de esta escritura.

Segunda.–Son pactos de esta opción de compra: a).–El plazo por el que se concede la opción finalizará el día 13 de marzo de 2028. Si bien dicho derecho de opción de

compra no podrá ser objeto de ejercicio hasta transcurridos doce meses a contar desde la firma de la presente escritura, es decir, por todo el día 13 de marzo de 2025. b).—El precio o prima de opción es de catorce mil (14.000,00 €) euros, que se entregarán a continuación de la firma de la presente mediante transferencia bancaria, otorgando la parte concedente/vendedora la correspondiente carta de pago, salvo buen fin de la misma, una vez se realice (...) c).—Transcurrido el plazo por el que la concedente/vendedora concede tal derecho de opción, dicho derecho quedara automáticamente extinguido sin que proceda en favor de la parte optante devolución de la cantidad entregada en concepto de precio o prima de opción (...)

Tercera.—La escritura de compraventa en ejercicio del derecho de opción de compra se sujetará a las siguientes condiciones:

1. El precio de compraventa de la finca antes descrita, será la suma de doscientos mil (200.000,00 €) euros, cantidad que la parte optante/compradora deberá satisfacer, en el momento que se ejercite la opción de compra, una vez descontado el precio o prima de la opción que se imputará al precio de la compraventa. También se imputará al precio de la compraventa aquellas cantidades que el comprador deba retener para cancelar cargas existentes sobre la finca y, por ejemplo, deudas con respecto a la comunidad de propietarios en que esté ubicada la finca, además de los importes adeudados en concepto de Impuestos y contribuciones pendientes de pago en el momento de formalización del ejercicio de la opción de compra, así como los gastos e impuestos que se deriven por la cancelación del embargo que grava la finca objeto de la presente, así como cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción de compra y hasta el ejercicio de la misma bien en cheques y/o transferencia y/o bien subrogándose en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que graven la finca descrita, bien reteniendo el importe necesario para satisfacer los remanentes de los préstamos hipotecarios y demás cargas que pudieren haber suscritos o bien mediante su consignación notarial.

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

La parte cedente, acepta de forma expresa que, para el caso de subrogarse la optante en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que grave la finca o bien se produzca la retención del importe necesario para satisfacer el remanente de dichos créditos, una vez descontada la prima de la opción, y otros desembolsos previstos en la presente escritura, la optante/compradora solicitará de los posibles acreedores, certificación de saldo pendiente a fecha de ejercicio de la opción, siendo dicho saldo, sus intereses, gastos y comisiones la cantidad a descontar del precio para el ejercicio de la opción de compra, entregando a la parte concedente vendedora el saldo restante a su favor resultante o bien pudiendo reclamar la optante la diferencia a su favor, en caso de no comparecer la cedente-vendedor dicho importe y certificados se consignarán en la Notaría a disposición de ésta, resultando de esta manera a todos los efectos completado el pago del precio de la presente opción de compra, la imposibilidad de aportar el/los certificado de saldo pendiente se suplirá mediante un cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento, quedando el comprador obligado a asumir las posibles diferencias que a favor del vendedor pudieran producirse, pudiendo reclamar la cedente/vendedora la diferencia a su favor.

En ningún caso se entenderá que la no aportación de los certificados de saldo dará lugar a una cláusula suspensiva, quedando completado el pago del precio de la presente opción de compra y quedando perfectamente legitimado el vendedor a reclamar al comprador cuantas cantidades considere oportunas por este concepto. En caso de que la

parte optante/compradora no se subrogase en la hipoteca, los gastos de cancelación, para el caso en que quisiera cancelarse, serán a cargo de la parte concedente/vendedora.

2. La finca se transmitirá en concepto de libre de cargas reales, y fiscales, excepto en caso de subrogarse la parte optante/compradora a la hipoteca o hipotecas que gravan la finca descrita, así como de arrendatarios y ocupantes, quedando la parte vendedora obligada de evicción y saneamiento (...).

Quinta.–Ejercicio de la opción y escritura de compraventa: Pactándose esta opción como derecho real e inscribible, ésta se ejercerá, a solicitud expresa de la cedente/vendedora, mediante notificación vía burofax dirigida a la parte concedente, dentro del plazo establecido, en la que se fijará día, hora y Notaría, para autorizar la escritura de compraventa, todo ello será establecido por la parte optante con el fin de ejercitar la opción de compra; y subsidiariamente mediante el ejercicio y comparecencia unilateral por la parte optante/compradora, para el caso en que la parte concedente/vendedora no compareciere ante el notario designado, o lo hiciese sin la documentación necesaria (cédula de habitabilidad, certificación energética, certificado corriente de pago comunidad de propietarios, certificado de saldos deudores, etc.) o no firmase la escritura por cualquier otro motivo, en tales casos deberá acompañarse a la correspondiente escritura la documentación facilitada por la optante, según la cual se acredite la recepción del requerimiento, y en caso de incomparecencia o no haya sido positivo, se deberá acreditar que al menos en dos (2) ocasiones se ha remitido la correspondiente notificación vía burofax al domicilio facilitado.

Con respecto al medio a utilizar para dar lugar a la notificación fehaciente, expuesta en el párrafo anterior, la parte cedente/vendedora solicita expresamente que se realice mediante burofax, a su domicilio, expuesto en el encabezamiento de esta escritura y asume a todos los efectos, que el hecho de no recibir los burofax que a tal efecto se le remitan, no derivará en falta de notificación para el correcto ejercicio de la opción de compra, comprometiéndose a notificar cualquier cambio de domicilio.

En este supuesto de ejercicio unilateral, las partes otorgantes acuerdan que el precio de la compraventa de la finca antes descrita será satisfecho, una vez deducidos los importes correspondientes al precio o prima de la opción que se imputará al precio de la compraventa, y/o aquellas cantidades retenidas para cancelar cargas existentes (reflejados en las notas simples registrales) sobre la finca y/o importes adeudados y pendientes de pago, por deudas con la comunidad de propietarios y/o Impuestos de Bienes Inmuebles en el momento de formalización del ejercicio de la opción de compra, así como cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción de compra y hasta el ejercicio de la misma, mediante ingreso en la cuenta bancaria, aportada en este acto por la parte vendedora, de la entidad bancaria (...) aportándose en el momento del ejercicio de la opción el justificante de la formalización de dicha transferencia, del cual se desprenderán los números de cuenta de origen y de destino.

El otorgamiento de la escritura de compraventa en ejercicio de esta opción de compra se notificará fehacientemente al concedente de la opción en su expresado domicilio.

Las partes, a efectos de notificaciones y requerimientos, designan como domicilio los indicados como propios en la comparecencia de esta escritura (...).»

II

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

«Calificación registral.

Antecedentes de hecho.

Primero: Escritura pública otorgada el 13/03/2024 número de protocolo 1915/2024 del Notario de Madrid, don Jaime Recarte Casanova, la cual fue presentada en este Registro el día nueve de abril del año dos mil veinticuatro, que motivó el asiento de

presentación número 600 del Diario 114, número de entrada 1406, en unión de escritura de ratificación otorgada el día 13 de marzo de 2024, ante el notario de Barcelona, don Jaime Calvo Francia, con el número 2.542 de su protocolo, y de diligencia de presentación telemática relativa al impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Hechos y fundamentos de Derecho.

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

Es admisible si bien y al amparo de las resoluciones de la DG por todas la RGGSJYFP de 27 de octubre de 2020 con ciertos condicionantes: «...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 apoyo de esta tesis se cita el denominado pacto marciano recogido en el Digesto.»

Estas cláusulas son las siguientes:

1. Otorgando tercero, 1 párrafo primero desde; «así como cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción de compra y hasta el ejercicio de la misma vienen cheques y/o transferencia y/o bien subrogándose en la deuda pendiente de hipoteca o hipotecas que grave la finca descrita, bien reteniendo el importe necesario para satisfacer los remanentes de préstamos hipotecarios y demás cargas que pudiera haber suscrito o bien mediante su consignación notarial».

Otorgando tercero 1 párrafo tercero en el que se prevé la posibilidad de que el optante pague cantidades por cuenta del concedente que resulten superiores al precio y que excedan del precio pactado y que no son propios de una [sic] contrato de opción.

Otorgando quinto párrafo tercero en cuanto a la deducción del precio en caso del ejercicio de la opción de «...cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción de compra y hasta el ejercicio de la misma mediante el ingreso en la cuenta bancaria..., aportándose en el momento de ejercicio de la opción el justificante de la formalización de dicha transferencia, del cual se desprenderán los números de cuenta de origen y destino».

Del tenor literal de las cláusulas se considera que subyace un contrato de financiación con garantía inmobiliaria, y esto es defecto que impide proceder a la inscripción salvo que se supriman o aclaren dichos pactos o bien que se han cumplidos los requisitos de comprobación de cumplimiento del principio de transparencia material establecidos por la Ley 5/2019 reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, toda vez que concurren las circunstancias objetivas y subjetivas que determinan la aplicación imperativa de la Ley, según resulta de lo establecido en su artículo 2.1.

En efecto, si existen cantidades que son entregadas por el optante antes de haber ejercitado la opción de compra, ésta no es un derecho de adquisición preferente, sino que tiene una función de garantía, con naturaleza real, y por tanto, ha de considerarse un derecho real de garantía inmobiliaria.

Y ello resulta de los pactos antes consignados, no simplemente de las deducciones que realiza la registradora a la vista de las manifestaciones que realiza el concedente en el expositivo sobre cuestiones que no son corrientes, digamos en la redacción de una

escritura, aunque esta sea conforme a minuta, sobre el acuerdo de las partes en la fijación del precio, fruto de negociaciones previas, la situación de vulnerabilidad económica o necesidad imperiosa de vender o sobre que no se considera que el optante actúe de mala fe.

La relación se constituye entre una persona física y una sociedad mercantil cuyo carácter de empresario obliga a presumir que desarrolla la actividad de manera profesional, sin que para ello sea necesario, como pone de manifiesto la propia Ley 5/2019, de un elemento de reiteración o habitualidad, pudiendo concurrir en actuaciones ocasionales si la finalidad es exclusivamente inversora (crf [sic]. Art. 2.1 *in fine* Ley 5/2019).

Siendo la finalidad de la Ley 5/2019 garantizar la transparencia material en operaciones de crédito con garantía inmobiliaria sobre inmuebles de uso residencial, no parece que pueda admitirse que queden fuera de su ámbito de aplicación las operaciones de préstamo o crédito en que la garantía inmobiliaria constituida permite al acreedor adquirir el dominio de una vivienda propiedad del prestatario mediante el ejercicio unilateral que no precisa de procedimiento, ni de previa o posterior tasación objetiva del precio en que la adquisición puede realizarse, y en el que el acreedor puede, por sí sólo, determinar la cantidad adeudada, incluso por cálculos aproximados y sin que el error impida la transmisión del dominio.

2. No cabe que en el ejercicio unilateral de la opción, se pacte que cabe el descuento del precio a satisfacer si no puede presentarse los certificados de la deuda pendiente de las hipotecas u otros créditos que se hayan de descontar mediante «el cálculo aproximado basado en la información que pueda tener el comprador».

A este respecto la RDGSJYFP de 18 de julio de 2022 dice literalmente «No obstante, debe confirmarse la nota de calificación es la denegación de la de la expresión relativa al pago del precio mediante un "cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento" según se prevé en la cláusula tercera del contrato para el caso de que dicho comprador manifieste una imposibilidad de aportar certificados de saldo pendiente de las deudas en que se haya subrogado o cuyo pago haya asumido.

Esta cláusula contraviene el principio de determinación registral propio de nuestro sistema registral y puede suponer una contravención de la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes la validez del contrato (artículo 1256 del Código Civil)».

El inciso analizado sí que dejaría indeterminada la cantidad a consignar en caso de ejercicio de la opción, frente a titulares de cargas posteriores.

3. La notificación por medio de Burofax que prevé la cláusula quinta.

La RDGSJYFP de 18 de julio de 2022 «Por lo que aunque el burofax haya sido admitido jurisprudencialmente para determinadas notificaciones, no puede entenderse suficiente para que –como consecuencia de ella– se proceda a practicar una inscripción en el Registro de la propiedad a favor del optante por vía unilateral, debiendo preverse una notificación por conducto notarial para que opere el ejercicio extrajudicial unilateral de la opción».

Además la citada Resolución establece que ésta es una cláusula esencial del contrato que mientras no sea subsanada no cabe la inscripción parcial.

Parte dispositiva

Doña María Concepción Iborra Grau, titular del Registro de la Propiedad n.º siete de Madrid acuerda:

Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los Antecedente de Hecho y Fundamentos de Derecho señalados; y denegar en consecuencia el despacho del título hasta la subsanación de los efectos advertidos.

No se practica anotación de suspensión porque no procede al ser los defectos esenciales que afectan a la naturaleza del negocio.

Esta calificación será notificada en el plazo reglamentario al presentante del documento y al Notario autorizante conforme con lo previsto en los artículos 322 de la L.H. y artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Contra la presente calificación (...).

Fdo. María Concepción Iborra Grau, Registradora de la Propiedad de Madrid n.º 7, en Madrid a la fecha de la firma de la presente nota. Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por María Concepción Iborra Grau registrador/a titular de Registro de la Propiedad de Madrid n.º 7 a día dieciséis de mayo del dos mil veinticuatro.»

III

Contra la anterior calificación doña V. S. F., abogada, en nombre y representación de la mercantil «AM Alquiler e Inversiones, S.L.», interpuso recurso el día 12 de junio de 2024 mediante escrito del siguiente tenor:

«Que en fecha 16 de mayo de 2024 me ha sido notificada, denegación de la inscripción por existencia de defecto subsanable siendo el mismo:

– «Aparente» instrumentalización de negocio jurídico –opción de compra– para amparar otro dando lugar a la *[sic]* posible pacto comisorio.

Que mostrando desacuerdo con el defecto aducido por la registradora para denegar la inscripción interesada y dado que, de lo manifestado por la misma desnaturaliza el objeto del negocio jurídico llevado a cabo, dentro del plazo legal se interpone recurso contra la denegación de la inscripción de fecha 16 de mayo de 2024, notificado a esta parte en fecha 16 de mayo del corriente, y dictado en el n.º de entrada 1406 /2024, en base a los siguientes:

Hechos.

Primero. Que en fecha 13 de marzo de 2023 se otorgó ante el notario de Madrid, Don Jaime Recarte Casanova, escritura de opción de compra bajo el n.º 1915 de su protocolo.

En las mismas eran partes intervinientes como parte concedente/vendedora:

– Don E. L. L.

Como parte optante/compradora:

– AM Alquiler e Inversiones, S.L. (...).

Se deniega la inscripción de la escritura referida, como ya hemos indicado, por parte del Registro de la Propiedad de Madrid n.º 7 al apreciar la registradora que la escritura de opción de compra pudiera amparar un negocio jurídico distinto (...).

Mediante la escritura de opción de compra se acordó el pago de una prima de 14.000€ siendo dicha suma superior a la cantidad mínima que viene estableciendo la normativa tributaria, esto es, un 5% sobre la base del valor mayor entre Valor de Referencia, valor de mercado o precio pactado por las partes.

Dicha prima obvio es que dicha suma será detrída del precio final pactado por la compraventa, no siendo la misma en modo alguno una suma entregada en «préstamo» o que pueda amparar otro tipo de negocio jurídico.

La misma, si es que se desea forzar los términos del acuerdo, pudiera asemejarse a unas «arras» de un contrato de compraventa futuro pero no por ello se desnaturaliza el negocio jurídico en sí, una opción de compra, ya que no se alteran los elementos

esenciales del mismo como es establecer el marco y las condiciones futuras de una compraventa debiéndose de ejercitar la misma en otro instrumento público.

No puede coincidir esta parte con lo aducido por la registradora en la resolución notificada cuando afirma que "del tenor literal de las cláusulas se considera que subyace un contrato de financiación con garantía inmobiliaria, y esto es defecto que impide proceder a la inscripción salvo que se supriman o aclaren dichos pactos".

Nada más lejos, al contrario y tal y como es de ver en la propia escritura, la parte optante que perdería la cantidad entregada en concepto de prima en caso de desistir de ejercitar la opción de compra y en caso de ejercitarla, obviamente, se descontarían las cantidades abonadas al concedente siendo la misma el importe de la prima abonado.

La formulación contenida en la escritura respecto a las cantidades que se podrán detraer es, precisamente, para no dejar al arbitrio de una de las partes –la parte concedente– el precio final a pagar por la parte optante para el caso de ejercitar la opción de compra ya que, de no hacerse, la parte concedente vería libre la vía para concertar préstamos o gravar el inmueble hasta el punto de que, como es obvio, la parte optante ya no desearía ejercitar su derecho de opción de compra, dado el estado de cargas sobre el inmueble, y se vería obligada por la conducta de la concedente a perder el dinero abonado en concepto de prima.

Lejos de suponer una situación de abuso para el concedente es para evitar una situación de abuso por parte del mismo respecto a la parte optante y que se pueda llevar a cabo una indeterminación en el precio final a abonar por la optante –sobre todo por las cargas que puedan pesar sobre el inmueble– por la conducta que pudiera mostrar la parte concedente.

Tampoco subyace negocio jurídico anterior o ulterior al objeto de la presente y mucho menos que el mismo sea un préstamo al que parece aducir la registradora lo cual esta parte no puede coincidir con los elementos a los que hace referencia ya que los mismos son ajenos a la escritura cuya inscripción se pretende.

Consta además de lo expuesto como el clausulado de la escritura ha sido previamente consensuado por las partes y como la parte concedente/vendedora refiere expresamente en la Manifestación II: "(...) la vendedora no depende en absoluto, ni mantiene relación de confianza, con respecto al optante, ni que se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica o necesidad imperiosa de vender la finca, además la parte cedente confirma haber entendido claramente el contenido de los acuerdos establecidos en la presente escritura (...)".

Consta, debido a ello, como la parte concedente manifiesta que no tiene necesidad económica como para otorgar el presente negocio jurídico por lo que difícilmente se puede argüir la co-existencia de un negocio jurídico consiente en un "préstamo".

Tal y como consta de las alegaciones efectuadas así como del propio contenido de la escritura de opción de compra puede observarse como en modo alguno pudiera entenderse que subyace negocio jurídico distinto del contenido en la referida escritura.

No pueden acogerse por esta parte, tal y como ya hemos dicho, elementos referidos por la registradora como que pudiera ser una especie de préstamo sin cantidad fijada ¿? así como que aparentemente ya pudiera existir una deuda entre la concedente y la optante.

Lo exigido por la registradora en su calificación va en contra de la libertad de pactos previsto y recogido en el art. 1255 Código Civil y lo expuesto, además, por la registradora en su calificación parece ser contradictorio ya que hace referencia a que no procede la inscripción al asemejarse el negocio jurídico llevado a cabo a un "pacto comisorio" pero luego, de la resolución de la DG que procede a transcribir, parece dar a entender a esta parte que, de haber acompañado al negocio jurídico una tasación inmobiliaria, no adolecería de defecto alguno.

Por el mero hecho de haber llevado a cabo una tasación inmobiliaria previa al negocio jurídico llevado a cabo, como parece sugerirse por la registradora, no se hubiera desnaturalizado el negocio jurídico, de ser un pacto comisorio como refiere que pudiera ser, por lo que arroja a esta parte a una "suerte" de interpretación lo que conduce a

concluir que ciertamente existe una clara inseguridad jurídica en cuanto a los criterios interpretativos por parte de los distintos Registradores de la Propiedad sobre el negocio de opción de compra.

Por todo lo expuesto entiende esta parte que debe de llevarse a cabo la inscripción del negocio jurídico llevado a cabo puesto que no cabe modificar los términos acordados en el mismo ya que supondría cambiar completamente los términos del negocio jurídico además de que supondría una auténtica limitación a la autonomía de voluntad de las partes previsto y regulado en el art. 1.255 CC.

A los anteriores hechos, le son de aplicación los siguientes

Fundamentos de Derecho:

Artículo 1. 255 del Código Civil.

Resolución de 12 de diciembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Pozuelo de Alarcón n.º 2, por la que se deniega la inscripción de una escritura de opción de compra.

Por todo lo expuesto,

Solicito, que se revoque la calificación recurrida y se acuerde que lo procedente es inscribir la escritura de opción de compra llevada a cabo en fecha 13 de marzo de 2024 ante el notario de Madrid, Don Jaime Recarte Casanova, bajo el n.º 1915 de su protocolo.»

IV

Dado traslado del escrito de recurso al notario de Madrid, don Jaime Recarte Casanova, como autorizante de la escritura, formuló las siguientes alegaciones:

«Informe que emite el notario Jaime Recarte Casanova respecto al recurso interpuesto por AM Alquiler e Inversiones S.L. (...).

Confirмо las alegaciones hechas por la recurrente. Si se piensa bien se trata de interpretar un contrato que se ha llevado a cabo libremente por las partes de acuerdo con el artículo 1255 del Código Civil. Interpretar que pueda existir un contrato de financiación, o pacto comisorio o pacto marciano, pudiera implicar cierto grado de especulación sobre la intención de las partes, y tal vez no debiera ser éste el lugar para resolverlo, más no existiendo nadie que lo esté reclamando, y estando clara la voluntad de los otorgantes. Me remito también a la resolución mencionada en el recurso, que este notario conocía cuando se otorgó la escritura, y que por cierto sirvió de pauta para la autorización de la misma en ese momento.»

V

La registradora de la Propiedad, a la vista del recurso y de las alegaciones, mantuvo su nota calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 10, 1115, 1256, 1273, 1449, 1690, 1859 y 1884 del Código Civil; 1, 9, 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 14 y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1902, 19 de mayo de 1982, 20 de mayo de 1986, 10 de junio de 1995, 18 de febrero, 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de mayo de 1998, 15 de junio de 1999, 26 de febrero y 26 de abril de 2001, 30 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 2 y 17 de febrero de 2006, 2 de julio de 2007, 21 de enero y 5 de junio de 2008, 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 y 30 y 31 de julio de 2024.

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

Mediante escritura titulada como «opción de compra sujeta a ratificación», autorizada el día 13 de marzo de 2023 por el notario de Madrid, don Jaime Recarte Casanova (protocolo número 1.915), y ratificada por otra escritura otorgada ante el notario con residencia en Barcelona, don Jaime Calvo Francia el día 13 de marzo de 2024 (número 2542 de su protocolo); don E. L. L. (parte concedente/vendedora), concedió a la mercantil «AM Alquiler e Inversiones, S.L.» (parte optante/compradora), un derecho de opción de compra sobre la finca registral 2.104 del Registro de la Propiedad de Madrid número 7 (gravada con dos hipotecas en favor de la entidad «Caixabank, S.A.», si bien en la escritura se alude también a un «embargo que grava la finca objeto de la presente», el cual no aparece en la nota registral incorporada a aquella).

De la citada escritura cabe reseñar lo siguiente:

a) como manifestación previa al otorgamiento, se indicaba («II.–Manifestaciones»): «(...) Antes de dar continuidad a la lectura de la presente escritura la parte concedente/vendedora de la opción de compra hace manifestación expresa de que el precio establecido para ejercitar la opción de compra aquí establecida y como consecuencia adquirir la finca descrita, ha sido pactado y tratado con suficiente antelación para valorar su conveniencia o no y que el importe establecido, así como que el resto de las condiciones contenidas en la presente escritura de opción de compra son fruto de negociaciones previas que satisfacen suficientemente sus intereses, así mismo se hace mención de que la parte concedente/vendedora no depende en absoluto, ni mantiene relación de confianza, con respecto a la parte optante, ni que se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica o necesidad imperiosa de vender la finca, además la parte concedente/vendedora confirma haber entendido claramente el contenido de los acuerdos establecidos en la presente escritura y que en ningún caso considera que el optante obre de mala fe ni aprovechándose de ninguna circunstancia personal».

b) y de las estipulaciones: «Primera.–La cedente/vendedora, concede en favor de la optante/compradora, que acepta y adquiere, en pleno dominio, un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los derechos y participaciones de la que es titular sobre la finca descrita en el exponen de esta escritura, entendiéndose, ambas partes, que se fundamenta en una causa onerosa, consistente en que, dentro del plazo estipulado, se adquiera por la optante la finca objeto de esta escritura.

Segunda.–Son pactos de esta opción de compra: a).–El plazo por el que se concede la opción finalizará el día 13 de marzo de 2028. Si bien dicho derecho de opción de compra no podrá ser objeto de ejercicio hasta transcurridos doce meses a contar desde la firma de la presente escritura, es decir, por todo el día 13 de marzo de 2025. b).–El precio o prima de opción es de catorce mil (14.000,00 €) euros, que se entregarán a continuación de la firma de la presente mediante transferencia bancaria, otorgando la parte concedente/vendedora la correspondiente carta de pago, salvo buen fin de la misma, una vez se realice (...) c).–Transcurrido el plazo por el que la concedente/

vendedora concede tal derecho de opción, dicho derecho quedara automáticamente extinguido sin que proceda en favor de la parte optante devolución de la cantidad entregada en concepto de precio o prima de opción (...)

Tercera.—La escritura de compraventa en ejercicio del derecho de opción de compra se sujetará a las siguientes condiciones:

1. El precio de compraventa de la finca antes descrita, será la suma de doscientos mil (200.000,00 €) euros, cantidad que la parte optante/compradora deberá satisfacer, en el momento que se ejercite la opción de compra, una vez descontado el precio o prima de la opción que se imputará al precio de la compraventa. También se imputará al precio de la compraventa aquellas cantidades que el comprador deba retener para cancelar cargas existentes sobre la finca y, por ejemplo, deudas con respecto a la comunidad de propietarios en que esté ubicada la finca, además de los importes adeudados en concepto de Impuestos y contribuciones pendientes de pago en el momento de formalización del ejercicio de la opción de compra, así como los gastos e impuestos que se deriven por la cancelación del embargo que grava la finca objeto de la presente, así como cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción de compra y hasta el ejercicio de la misma bien en cheques y/o transferencia y/o bien subrogándose en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que graven la finca descrita, bien reteniendo el importe necesario para satisfacer los remanentes de los préstamos hipotecarios y demás cargas que pudieren haber suscritos o bien mediante su consignación notarial.

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

La parte cedente, acepta de forma expresa que, para el caso de subrogarse la optante en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que grave la finca o bien se produzca la retención del importe necesario para satisfacer el remanente de dichos créditos, una vez descontada la prima de la opción, y otros desembolsos previstos en la presente escritura, la optante/compradora solicitará de los posibles acreedores, certificación de saldo pendiente a fecha de ejercicio de la opción, siendo dicho saldo, sus intereses, gastos y comisiones la cantidad a descontar del precio para el ejercicio de la opción de compra, entregando a la parte concedente vendedora el saldo restante a su favor resultante o bien pudiendo reclamar la optante la diferencia a su favor, en caso de no comparecer la cedente-vendedor dicho importe y certificados se consignarán en la Notaría a disposición de ésta, resultando de esta manera a todos los efectos completado el pago del precio de la presente opción de compra, la imposibilidad de aportar el/los certificado de saldo pendiente se suplirá mediante un cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento, quedando el comprador obligado a asumir las posibles diferencias que a favor del vendedor pudieran producirse, pudiendo reclamar la cedente/vendedora la diferencia a su favor.

En ningún caso se entenderá que la no aportación de los certificados de saldo dará lugar a una cláusula suspensiva, quedando completado el pago del precio de la presente opción de compra y quedando perfectamente legitimado el vendedor a reclamar al comprador cuantas cantidades considere oportunas por este concepto. En caso de que la parte optante/compradora no se subrogase en la hipoteca, los gastos de cancelación, para el caso en que quisiera cancelarse, serán a cargo de la parte concedente/vendedora.

2. La finca se transmitirá en concepto de libre de cargas reales, y fiscales, excepto en caso de subrogarse la parte optante/compradora a la hipoteca o hipotecas que graven la finca descrita, así como de arrendatarios y ocupantes, quedando la parte vendedora obligada de evicción y saneamiento (...).

Quinta.—Ejercicio de la opción y escritura de compraventa: Pactándose esta opción como derecho real e inscribible, ésta se ejercitará, a solicitud expresa de la cedente/vendedora, mediante notificación vía burofax dirigida a la parte concedente, dentro del plazo establecido, en la que se fijará día, hora y Notaría, para autorizar la escritura de compraventa, todo ello será establecido por la parte optante con el fin de ejercitar la opción de compra; y subsidiariamente mediante el ejercicio y comparecencia unilateral por la parte optante/compradora, para el caso en que la parte concedente/vendedora no compareciere ante el notario designado, o lo hiciese sin la documentación necesaria (cédula de habitabilidad, certificación energética, certificado corriente de pago comunidad de propietarios, certificado de saldos deudores, etc.) o no firmase la escritura por cualquier otro motivo, en tales casos deberá acompañarse a la correspondiente escritura la documentación facilitada por la optante, según la cual se acredite la recepción del requerimiento, y en caso de incomparecencia o no haya sido positivo, se deberá acreditar que al menos en dos (2) ocasiones se ha remitido la correspondiente notificación vía burofax al domicilio facilitado.

Con respecto al medio a utilizar para dar lugar a la notificación fehaciente, expuesta en el párrafo anterior, la parte cedente/vendedora solicita expresamente que se realice mediante burofax, a su domicilio, expuesto en el encabezamiento de esta escritura y asume a todos los efectos, que el hecho de no recibir los burofax que a tal efecto se le remitan, no derivará en falta de notificación para el correcto ejercicio de la opción de compra, comprometiéndose a notificar cualquier cambio de domicilio.

En este supuesto de ejercicio unilateral, las partes otorgantes acuerdan que el precio de la compraventa de la finca antes descrita será satisfecho, una vez deducidos los importes correspondientes al precio o prima de la opción que se imputará al precio de la compraventa, y/o aquellas cantidades retenidas para cancelar cargas existentes (reflejados en las notas simples registrales) sobre la finca y/o importes adeudados y pendientes de pago, por deudas con la comunidad de propietarios y/o Impuestos de Bienes Inmuebles en el momento de formalización del ejercicio de la opción de compra, así como cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción de compra y hasta el ejercicio de la misma, mediante ingreso en la cuenta bancaria, aportada en este acto por la parte vendedora, de la entidad bancaria (...) aportándose en el momento del ejercicio de la opción el justificante de la formalización de dicha transferencia, del cual se desprenderán los números de cuenta de origen y de destino.

El otorgamiento de la escritura de compraventa en ejercicio de esta opción de compra se notificará fehacientemente al concedente de la opción en su expresado domicilio.

Las partes, a efectos de notificaciones y requerimientos, designan como domicilio los indicados como propios en la comparecencia de esta escritura (...).»

La nota de calificación deniega la inscripción en base a tres defectos que se pueden resumir así:

– en la escritura que se califica, se incluyen cláusulas (dados los términos en los que está redactadas) de las que se infiere que la finalidad de la opción no es la adquisición preferente, sino la constitución de un derecho de garantía. A ello añade que, del tenor literal de las cláusulas, se considera que subyace un contrato de financiación con garantía inmobiliaria, siendo esto defecto que impide proceder a la inscripción salvo que se supriman o aclaren dichos pactos, o bien que se han cumplidos los requisitos de comprobación de cumplimiento del principio de transparencia material establecidos por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, toda vez que concurren las circunstancias objetivas y subjetivas que determinan la aplicación imperativa de la Ley, según resulta de lo establecido en su artículo 2.1. Y siendo la finalidad de la Ley 5/2019 garantizar la transparencia material en operaciones de crédito con garantía inmobiliaria sobre inmuebles de uso residencial, no parece que pueda admitirse que queden fuera de su ámbito de aplicación las operaciones de préstamo o crédito en que la garantía inmobiliaria constituida permite al acreedor adquirir el dominio

de una vivienda propiedad del prestatario mediante el ejercicio unilateral que no precisa de procedimiento, ni de previa o posterior tasación objetiva del precio en que la adquisición puede realizarse, y en el que el acreedor puede, por sí sólo, determinar la cantidad adeudada, incluso por cálculos aproximados, y sin que el error impida la transmisión del dominio.

– no cabe que, en el ejercicio unilateral de la opción, se pacte que cabe el descuento del precio a satisfacer si no puede presentarse los certificados de la deuda pendiente de las hipotecas u otros créditos que se hayan de descontar mediante «el cálculo aproximado basado en la información que pueda tener el comprador» (y cita en apoyo de su negativa la Resolución de 18 de julio de 2022). Tal cláusula –alega– contraviene el principio de determinación, propio de nuestro sistema registral, y puede suponer una contravención de la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes la validez del contrato (artículo 1256 del Código Civil), pues el inciso en cuestión sí que dejaría indeterminada la cantidad a consignar en caso de ejercicio de la opción, frente a titulares de cargas posteriores.

– la notificación por medio de Burofax que prevé la cláusula quinta, contraviene la doctrina de la Resolución de 18 de julio de 2022, que además establece que ésta es una cláusula esencial del contrato, y que mientras no sea subsanada no cabe la inscripción parcial.

Se recurre la calificación, con una ciertamente confusa referencia al comienzo y que se transcribe literalmente: «Que en fecha 16 de mayo de 2024 me ha sido notificada, denegación de la inscripción por existencia de defecto subsanable siendo el mismo: – «Aparente» instrumentalización de negocio jurídico –opción de compra– para amparar otro dando lugar a la [sic] posible pacto comisorio» (frase que como tal –cabe añadir– no aparece en la nota).

Y a continuación, en síntesis, la recurrente alega:

– discrepa con lo aducido por la registradora en la resolución notificada cuando afirma que «del tenor literal de las cláusulas se considera que subyace un contrato de financiación con garantía inmobiliaria, y esto es defecto que impide proceder a la inscripción salvo que se supriman o aclaren dichos pactos». Nada más lejos, al contrario, pues la parte optante que perdería la cantidad entregada en concepto de prima en caso de desistir de ejercitar la opción de compra y en caso de ejercitarla, obviamente, se descontarían las cantidades abonadas al concedente siendo la misma el importe de la prima abonado.

– la formulación contenida en la escritura respecto a las cantidades que se podrán detraer es, precisamente, para no dejar al arbitrio de una de las partes –la parte concedente– el precio final a pagar por la parte optante para el caso de ejercitar la opción de compra ya que, de no hacerse, la parte concedente vería libre la vía para concertar préstamos o gravar el inmueble hasta el punto de que, como es obvio, la parte optante ya no desearía ejercitar su derecho de opción de compra, dado el estado de cargas sobre el inmueble, y se vería obligada por la conducta de la concedente a perder el dinero abonado en concepto de prima. Y lejos de suponer una situación de abuso para el concedente es para evitar una situación de abuso por parte del mismo respecto a la parte optante y que se pueda llevar a cabo una indeterminación en el precio final a abonar por la optante –sobre todo por las cargas que puedan pesar sobre el inmueble– por la conducta que pudiera mostrar la parte concedente. Tampoco subyace negocio jurídico anterior o ulterior al objeto de la presente y mucho menos que el mismo sea un préstamo al que parece aducir la registradora y de lo que discrepa, pues los elementos a los que se hace referencia en la nota son ajenos a la escritura cuya inscripción se pretende.

– consta además en la escritura que el clausulado ha sido previamente consensuado por las partes, como la parte concedente/vendedora refiere expresamente en la «Manifestación II»; por ello, de las alegaciones efectuadas, así como del propio

contenido de la escritura de opción de compra, en modo alguno cabe entender que subyace negocio jurídico distinto del contenido en la referida escritura.

– lo exigido por la registradora en su calificación va en contra de la libertad de pactos previsto y recogido en el artículo 1255 Código Civil; y lo expuesto, además, por la registradora en su calificación parece ser contradictorio ya que hace referencia a que no procede la inscripción al asemejarse el negocio jurídico llevado a cabo a un «pacto comisorio» pero luego, de la Resolución de la Dirección General que procede a transcribir, parece dar a entender a esta parte que, de haber acompañado al negocio jurídico una tasación inmobiliaria, no adolecería de defecto alguno.

2. Expuesto lo anterior, antes de abordar las cuestiones de fondo del presente recurso procede delimitar su alcance, en aras a delimitar qué es lo que realmente se recurre de la nota de calificación. En efecto, en el escrito de interposición no resulta la más mínima alusión al defecto tercero (la previsión del burofax como medio de notificación), defecto que, por consiguiente, ha de quedar necesariamente confirmado.

Y los otros dos defectos, que en el escrito de interposición del recurso se entremezclan, se resumen básicamente en estas dos ideas básicas:

– en la escritura que se califica se incluyen cláusulas que, de los términos en los que está redactadas, se infiere que la finalidad de la opción no es la adquisición preferente sino la constitución de un derecho de garantía (introduciendo después la calificación la referencia a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, como criterio también de la negativa, en tanto que la considera aplicable e incumplida).

– no cabe que, en el ejercicio unilateral de la opción, se pacte que cabe el descuento del precio a satisfacer si no puede presentarse los certificados de la deuda pendiente de las hipotecas u otros créditos que se hayan de descontar mediante «el cálculo aproximado basado en la información que pueda tener el comprador».

3. Comenzando por la primera objeción que indica la nota, su examen nos lleva –una vez más– a examinar la problemática de la opción de compra y su posible función de garantía de una deuda o de una operación de financiación; y respecto de tal cuestión, cabe recordar 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, en 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 14 de marzo de 2022.

También ha declarado este Centro Directivo (cfr. 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 admitiría el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. Y sin duda alguna procede tener bien presentes las consideraciones que este Centro Directivo va reiterando en las diversas Resoluciones que abordan la problemática –

recurrente por lo demás– de posibles opciones de compra pactadas con función de garantía de una operación de financiación y que encubran un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento.

4. Ahora bien, también hemos reiteradamente declarado que habrá que contemplar cada caso concreto, lo que exige analizar detenidamente el global clausulado de cada instrumento público y las declaraciones que en él hayan vertidos las partes (si bien, como veremos, las reglas de interpretación de los contratos ponen en juego otros elementos de interpretación no menos desdeñables); pues no en vano, el párrafo segundo del artículo 1218 del Código Civil fija una regla a la hora de valorar la eficacia probatoria de los documentos públicos: «También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros».

En este sentido, ha de repararse en el siguiente contenido de la escritura pública calificada (que por cierto no son novedosas a la vista de otros recursos ya examinados por este Centro Directivo): «(...) Antes de dar continuidad a la lectura de la presente escritura la parte concedente/vendedora de la opción de compra hace manifestación expresa de que el precio establecido para ejercitar la opción de compra aquí establecida y como consecuencia adquirir la finca descrita, ha sido pactado y tratado con suficiente antelación para valorar su conveniencia o no y que el importe establecido, así como que el resto de las condiciones contenidas en la presente escritura de opción de compra son fruto de negociaciones previas que satisfacen suficientemente sus intereses, así mismo se hace mención de que la parte concedente/vendedora no depende en absoluto, ni mantiene relación de confianza, con respecto a la parte optante, ni que se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica o necesidad imperiosa de vender la finca, además la parte concedente/vendedora confirma haber entendido claramente el contenido de los acuerdos establecidos en la presente escritura y que en ningún caso considera que el optante obre de mala fe ni aprovechándose de ninguna circunstancia personal».

Declaraciones de las partes por tanto a tener en cuenta, si bien para nada ha de obviarse en modo alguno, como anticipamos más arriba, la regla hermenéutica 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»), pues no es menos cierto, como indica la registradora en su nota respecto del negocio jurídico calificado, que del tenor literal de las cláusulas cabe entender que subyace un contrato de financiación con garantía inmobiliaria. Y es que, si hay cantidades entregadas por el optante antes de haber ejercitado la opción de compra, ésta no es un derecho de adquisición preferente, sino que tiene una función de garantía de naturaleza real, y deriva en un derecho real de garantía inmobiliaria.

No ha de olvidarse que la esencia del derecho de opción consiste en que concede a su titular la facultad de decisión respecto a la eficacia de un contrato o una adquisición; y en función de las diversas modalidades que puede revestir la opción, su ejercicio podrá limitarse a poner en marcha un determinado contrato, haciendo exigibles las obligaciones que derivan del mismo, o producirá la adquisición de la propiedad, si tal ejercicio cumple las condiciones previamente establecidas. En cualquier caso, lo que conviene poner de manifiesto es que el concedente queda a expensas de la voluntad del optante, quien podrá decidir entre dar eficacia o no al derecho de opción; y como se verá, en este caso no sucede exactamente así, dado que la causa es otra y ésta se aparta de la función económico social del contrato/derecho de opción (real en este caso).

Esta última afirmación es la que ofrece la pauta para la resolución de este recurso y pone en sus justos términos, a la vista del global contenido del negocio jurídico celebrado, las declaraciones de las partes consignadas en la escritura antes reseñadas. Y más aún a la vista del sentido de algunas afirmaciones de la recurrente en su escrito (que por cierto son sustancialmente iguales a las contenidas en otros supuestos ya resueltos por este Centro Directivo), tales como que «la formulación contenida en la escritura respecto a las cantidades que se podrán detraer es, precisamente, para no

dejar al arbitrio de una de las partes –la parte concedente– el precio final a pagar por la parte optante para el caso de ejercitar la opción de compra ya que, de no hacerse, la parte concedente vería libre la vía para concertar préstamos o gravar el inmueble hasta el punto de que, como es obvio, la parte optante ya no desearía ejercitar su derecho de opción de compra, dado el estado de cargas sobre el inmueble, y se vería obligada por la conducta de la concedente a perder el dinero abonado en concepto de prima. Lejos de suponer una situación de abuso para el concedente es para evitar una situación de abuso por parte del mismo respecto a la parte optante y que se pueda llevar a cabo una indeterminación en el precio final a abonar por la optante –sobre todo por las cargas que puedan pesar sobre el inmueble– por la conducta que pudiera mostrar la parte concedente. Tampoco subyace negocio jurídico anterior o ulterior al objeto de la presente y mucho menos que el mismo sea un préstamo al que parece aducir la registradora lo cual esta parte no puede coincidir con los elementos a los que hace referencia ya que los mismos son ajenos a la escritura cuya inscripción se pretende».

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

Pero, además, no ha de olvidarse la dinámica de la prioridad registral, caso de ejercicio de una opción real, cuya operativa se quebraría, en casos como el que nos ocupa, por el propio ejercicio de la opción. Y es que una vez inscrito, el derecho de opción queda sometido a los principios generales que rigen nuestro sistema hipotecario; y cuando ese derecho de adquisición preferente se ejercita y su titular se convierte en propietario de la finca objeto del mismo, ello que conlleva es la cancelación de los derechos posteriores tal como prevé el artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria, de modo que la cancelación de los embargos o cargas inscritos con posterioridad a la opción y antes de su ejercicio es sólo una inevitable consecuencia de la extinción del ejercicio de la opción, si bien para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas posteriores (artículo 175.6.^a Reglamento Hipotecario); previsión que, a la vista de lo expuesto, brilla aquí por su ausencia.

Por esa razón no tiene sentido alegar (en el recurso) que el optante necesita ponerse cubierto de actuaciones posteriores del concedente («[...]–sobre todo por las cargas que puedan pesar sobre el inmueble– por la conducta que pudiera mostrar la parte concedente [...]»); pues si aquel ejercita la opción se operaría la resolución (con una eventual y teórica consignación a favor de acreedores) de esas supuestas actuaciones posteriores. Por tal razón, lo que en realidad viene a ocurrir en el caso que nos ocupa, es que lo que ante todo prima es la recuperación de cantidades que el optante haya podido anticipar al concedente de la opción o a terceros. Cantidades que no están ni cuantificadas ni tan siquiera mínimamente delimitadas, toda vez que, llegado el caso, el optante se indica puede determinarlas a su buen criterio; por ello tiene razón la registradora cuando afirma que ello puede suponer una contravención de la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes la validez del contrato (artículo 1256 del Código Civil), pues lo que implica el inciso en cuestión es que quedaría indeterminada la cantidad a consignar, caso de ejercicio de la opción, a favor de titulares de cargas posteriores.

Y es que se quiera o no, lo que viene a suponer una opción como la concedida es una traba del bien en función de garantía. Como igualmente es una traba en función de garantía una hipoteca, si bien su mecanismo de ejecución está revestido de unas

garantías en beneficio del deudor que, en casos como el presente y por la propia dinámica y operativa de la opción (ponemos el acento en su ejercicio) brillan por su ausencia.

La confirmación de este defecto hace innecesario entrar en el examen de la pretendida sujeción (alegada en la nota), de la operación a la Ley 5/2019 pues precisamente la imposibilidad de admitir una garantía como la pretendida pone en tela de juicio el mecanismo de financiación en sí.

5. Y por lo que se refiere al otro defecto que resta por examinar, no cabe sino seguir el criterio de la Resolución de este Centro Directivo de 18 de julio de 2022, pues la cláusula que consta en la escritura y que cuestiona la nota literalmente reza así: «(...) La parte cedente, acepta de forma expresa que, para el caso de subrogarse la optante en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que grave la finca o bien se produzca la retención del importe necesario para satisfacer el remanente de dichos créditos, una vez descontada la prima de la opción, y otros desembolsos previstos en la presente escritura, la optante/compradora solicitará de los posibles acreedores, certificación de saldo pendiente a fecha de ejercicio de la opción, siendo dicho saldo, sus intereses, gastos y comisiones la cantidad a descontar del precio para el ejercicio de la opción de compra, entregando a la parte concedente vendedora el saldo restante a su favor resultante o bien pudiendo reclamar la optante la diferencia a su favor, en caso de no comparecer la cedente-vendedor dicho importe y certificados se consignarán en la Notaría a disposición de ésta, resultando de esta manera a todos los efectos completado el pago del precio de la presente opción de compra, la imposibilidad de aportar el/los certificado de saldo pendiente se suplirá mediante un cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento, quedando el comprador obligado a asumir las posibles diferencias que a favor del vendedor pudieran producirse, pudiendo reclamar la cedente/vendedora la diferencia a su favor.

En ningún caso se entenderá que la no aportación de los certificados de saldo dará lugar a una cláusula suspensiva, quedando completado el pago del precio de la presente opción de compra y quedando perfectamente legitimado el vendedor a reclamar al comprador cuantas cantidades considere oportunas por este concepto (...).

Cláusulas que claramente contravienen, como antes se ha indicado, el principio de determinación registral propio de nuestro sistema registral y puede suponer una contravención de la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes la validez del contrato (artículo 1256 del Código Civil), pues tal y como señala la registradora, lo transcrito sí que dejaría indeterminada la cantidad a consignar, caso de ejercicio de la opción, frente a titulares de cargas posteriores.

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, 9 de septiembre de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.