

### III. OTRAS DISPOSICIONES

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

**940** *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 suspende la inscripción de una escritura de opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don M. L. B., en nombre y representación de las sociedades «Cotuca Investments, SL», «Hercap 2020, SL» y «Hercapital 22, SL», contra la calificación de la registradora de la propiedad de Pozuelo de Alarcón número 2, doña Marta Cavero Gómez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de opción de compra.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 24 de mayo de 2023 por el notario de Madrid, don Alejandro Miguel Velasco Gómez, se otorgaba por el propietario de una finca registral una opción de compra con efectos de derecho real a favor de tres sociedades («Hercapital 22, SL», «Hercap 2020, SL» y «Cotuca Investments, SL»), y en diferentes proporciones para el caso de su ejercicio. Se pactaba como precio de la opción el de 600.000 euros que serían satisfechos por las tres entidades optantes en la proporción que correspondía a cada una de ellas; el precio de la compra en caso de ejercicio de la opción era el de 605.000 euros; el plazo para el ejercicio de la opción se pacta entre los días 24 de mayo de 2024 y 24 de noviembre de 2024; se acordaba por ambas partes el carácter jurídico real de la opción, y el carácter inscribible de la opción en el Registro de la Propiedad; en cuanto al procedimiento para el ejercicio de la opción, se pactaba que podría ser ejercitado unilateralmente por cualquiera de las tres entidades «a cuyo efecto bastará con que otorguen por sí mismos la escritura de compraventa de la finca en ejercicio de la opción, entendiéndose prestado el consentimiento irrevocable del vendedor don V. A. F. G., por medio del presente otorgamiento, por conferirse en él un derecho real de opción de compra. En tal supuesto, para que se entienda perfeccionada la compraventa, será necesario que se pague el precio de forma simultánea o consecutiva dentro del plazo de sesenta días hábiles a contar desde la fecha del efectivo ejercicio del derecho de opción, lo que se hará del modo siguiente: – El resto del precio de la compra, que resultará de descontar la cantidad entregada en este acto como precio de la opción de compra, así como las cantidades resultantes de cancelar cualquier carga que afecte a la finca, se deberá pagar de forma simultánea o consecutiva dentro del plazo de los sesenta días siguientes del ejercicio de la opción de compra, mediante su ingreso en la cuenta bancaria [...]. No obstante lo anterior, para el caso de que no pudiera realizarse por algún motivo el mencionado ingreso, o fuera por cualquier circunstancia devuelto el mismo, la parte optante podrá realizar un depósito notarial de dicha cantidad, a disposición de la parte concedente, mediante la emisión del oportuno cheque bancario, debiéndose comunicar notarialmente a la parte concedente, mediante remisión de copia cédula del documento de constitución del depósito, por correo certificado con acuse de recibo. Por acuerdo entre las partes, el depósito será por un plazo de seis meses, a contar desde el día de su constitución, transcurrido el cual, se entenderá que la parte concedente desiste del cobro de dicha cantidad, procediéndose a la devolución

del cheque a la parte optante. Asimismo, de dicho precio se descontarán las cantidades que hayan sido necesarias para cancelar cualquier carga que recaiga sobre la finca descrita en el expositivo de esta escritura, debiendo la misma quedar económicamente canceladas o subrogadas en la fecha del ejercicio de la opción de compra, o bien en los 60 días hábiles siguientes, acreditándose su importe y la efectiva cancelación mediante los oportunos justificantes emitidos al efecto. Para el caso de subrogarse la optante en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que graven 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 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 cedente-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 esta, 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 [...]. – Si hubiera pendientes otras cantidades, por deudas que puedan afectar con efectos de carga real a la finca, como cuotas del IBI (acreditadas mediante Certificación del Ayuntamiento), gastos de comunidad (acreditados mediante certificación del Administrador de la comunidad) u otras análogas, las mismas serán igualmente descontadas del precio a pagar... El ejercicio de la opción de compra cumpliendo todo lo indicado en esta escritura, producirá la inmediata transmisión de la propiedad y la posesión de la finca a favor de la optante [...].».

En cuanto a las cantidades entregadas se les daba el carácter de arras o señal y se pactaba que «el indicado precio de la opción de compra, de seiscientos mil euros (600.000 €), que ha quedado pagado en este acto, tiene el carácter de arras o señal, por lo que si [...] no ejercitaran la opción lo perderían en su totalidad; y si don V. A. F. G., decidiera dejar sin efecto la opción de compra, en cualquier momento, y siempre antes del 24 de mayo de 2024, inclusive, únicamente deberá, por acordarlo así ambas partes, restituir la cantidad de seiscientos noventa y cinco mil quinientos euros (695.500 €)». Se pactaba que don V. A. F. G. no podría gravar la finca objeto de la opción durante el plazo de ejercicio de la opción y se concedía por don V. A. F. G., un poder de administración extraordinaria a favor de las entidades optantes.

## II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«N.º Entrada: 1397.

N.º Protocolo: 2289/2023.

La registradora de la Propiedad que suscribe, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, ha calificado el documento que precede, presentado bajo el número 1585 del Diario 58:

Fundamentos de hecho:

El día veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés se presenta telemáticamente en este Registro de la Propiedad escritura autorizada el mismo día por el Notario de Madrid don Alejandro Miguel Velasco Gómez, n.º 2.289 de su protocolo, causando el asiento 1.585 del Diario 58, Dicho asiento fue suspendido hasta que se despacharan o caducaran los

asientos de dos escrituras previas de cancelación de opción de compra y constitución de hipoteca sobre la misma finca. Habiendo caducado dichos asientos previos 1.583 y 1.584 por falta de liquidación del impuesto el día 21 de agosto último, se ha iniciado el plazo de calificación de la presente.

Por la escritura ahora presentada don V. A. F. G., titular de un chalet en la calle [...] de este distrito hipotecario –finca registral 26.743–, pacta a favor de tres sociedades –Hercapital 22, SL, Hercap 2020, SL y Cotuca Investment, SL–, la concesión de una opción de compra “con efectos de derecho real”, pacto de arras o señal, junto a otros pactos sobre gastos, prohibición de disponer durante la vigencia de la opción, notificaciones y apoderamientos.

Son circunstancias relevantes para esta calificación:

- Don V. A. F. es empresario.
- La finca hipotecada es un chalet que no constituye su vivienda habitual.
- Este chalet fue tasado en la hipoteca a favor de TSE Finance 22, SL (objeto del número anterior de protocolo que causó el asiento de presentación 1.584) en 1.022.394.95 euros y comprado por el titular registral en la cantidad de 1.640.000 euros en noviembre de 2021 según la inscripción 6.<sup>a</sup>
  - Las partes han convenido un precio de la finca en 605.000 euros.
  - Se justifica el negocio celebrado en la necesidad de don V. de obtener de forma inmediata al menos una parte del precio y en la conveniencia para las tres sociedades indicadas de comprar en los términos pactados. Si bien ambas partes han acordado dicho precio, don V. cree que puede obtener uno superior, por lo se le concede un plazo para encontrar otro comprador que lo mejore. Ese plazo que se le concede es hasta el 24 de mayo de 2024.
  - Al precio de la opción se le da el carácter de arras o señal. En este concepto las optantes entregan a don V. la cantidad de 600.000 euros, de los cuales él recibe 215.000 euros y TSE Finance 22, SL, 385.000 euros para el pago del préstamo hipotecario referido (número anterior de protocolo), cantidad que constituye la total responsabilidad hipotecaria por principal e intereses.
  - Si don V. consigue obtener comprador en ese plazo por un precio mayor (no se exige ningún modo de acreditarlo), podrá desistir de la opción debiendo devolver el importe de 600.000 euros y 95.500 euros más. Es decir, el coste del anticipo –95.500 euros– equivale a un “interés” del 15,92 % en un año sobre los 600.000 euros “prestados”.
  - Transcurrido ese plazo, esto es, desde el 25 de mayo de 2024 y hasta el día 24 de noviembre de 2024, la parte optante puede ejercitar la opción descontando del precio de la compraventa establecido (605.000 euros) el importe de las arras (600.000 euros) así como cualquier gasto de cancelación de cargas preferentes. Si no la ejercita en plazo, pierde todo lo entregado.

En resumen, si el concedente no paga en plazo los 695.500 euros, las tres sociedades se quedan con el chalet. Resulta impensable el no ejercicio de la opción, es decir, que por 5.000 euros como máximo (ténganse en cuenta los posibles descuentos sobra esa cantidad), no se queden con un chalet tasado en 1.022.394.95 euros, perdiendo además los 600.000 euros entregados como arras. El impago determina la casi automática apropiación de la finca por las tres sociedades.

Según consulta al FLEI don M. L. R. B., compareciente como administrador mancomunado de Hercapital 22, SL, no solo es administrador único de las otras dos sociedades que constituyen la parte optante, sino también administrador solidario de TSE Finance 22, SL, titular de la hipoteca objeto del número anterior de protocolo sobre esta finca y a la que va destinado en su gran parte el importe de las arras y, por tanto, del precio. Todo ello conduce a la consideración de la opción como garantía del préstamo, dada la conexión directa entre ambas figuras.

Fundamentos de Derecho:

Primero.

Con arreglo al artículo 1.256 del Código Civil la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. En el caso planteado el titular registral puede dejar sin efecto la opción en cualquier momento antes del 25 de mayo de 2024 (no se exige si quiera la acreditación de la obtención de otro comprador que supere el precio pactado). En este sentido, la sentencia dictada el día 16 de diciembre de 2021 dictada por doña María Emma Cobo García, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Número 11 de Madrid, recaída en juicio verbal contra la calificación de la registradora titular del Registro de la Propiedad Número 11 de Madrid, considera no inscribible un contrato de opción en el que, tras manifestarse la necesidad de obtención inmediata de dinero, se establece una condición resolutoria para el supuesto de obtener el concedente en el mercado, dentro del plazo, un precio superior. Y señala la indicada sentencia que “esa configuración del derecho de opción de compra no se ajusta al modelo típico que permite su acceso al Registro como derecho real inscribible en las condiciones establecidas en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, al estar sometido a una condición resolutoria pactada en la cláusula quinta que depende por entero de la libre voluntad de los concedentes, que pueden libremente revocar su consentimiento dejando sin efecto la opción y por ende, el derecho real, pacto que resulta contrario a los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil”. En la escritura que ahora se califica, aunque no se pacte expresamente condición resolutoria, se deja igualmente al arbitrio del concedente la eficacia de la opción.

Segundo.

Si bien nos encontramos ante un titular registral empresario y como garantía un chalet que no constituye su vivienda habitual, lo que impide apelar a las normas tuitivas de los consumidores, ello no significa poder prescindir de las garantías que establece la legislación hipotecaria para obtener un precio objetivo en caso de ejecución por impago, ni la admisibilidad del pacto comisorio, contrario a los artículos del Código Civil 1.859 (“El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”) y 1.884 (“El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble”).

El Tribunal Supremo, Sala Primera, ha declarado reiteradamente, así en sentencias de 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 aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público. La sentencia del mismo Tribunal de 21 de febrero de 2017 afirmó que 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, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor”. En nuestro caso se dan los dos elementos: se trata de la garantía de pago del dinero entregado al deudor, bien directamente en el momento de la escritura objeto de esta calificación, bien a través del préstamo hipotecario pactado en el número anterior de protocolo. y el precio es enormemente inferior a los indicados de compra de la inscripción 6.<sup>a</sup> o de la tasación hipotecaria incorporada al número anterior de protocolo.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sigue tal doctrina, así en resolución de 25 de marzo de 2022, en la que señala “también este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del

mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos”. Y, que, «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 este sufra un perjuicio desproporcionado”. Y, continúa la misma resolución, “por tanto, no habiendo concretas previsiones adoptadas, tanto relativas a garantías procedimentales pactadas, como en referencia a la tasación en cuanto instrumento de adecuada valoración del bien, no se aleja el peligro de que un valor fijado en el momento de convenirse tal pacto se torne en inequitativo al tiempo en que se pretenda ejercitar la opción; lo que sin duda no mantiene el equilibrio entre las partes –conmutatividad– y genera el peligro de un posible enriquecimiento injusto”.

En el caso de que se trata en esta calificación existe el reconocimiento de un pago –casi total– en concepto de adelanto del precio de una futura posible compra por el optante, y en definitiva el reconocimiento de una deuda que vendría a saldarse mediante el ejercicio de la opción. Y el impago de dichas cantidades anticipadas por todos los conceptos por parte del concedente en un plazo determinado es el hecho que realmente determina el nacimiento de la eficacia del derecho del optante, ya que en caso de pago el concedente puede resolver por su sola voluntad el derecho de opción constituido. En definitiva, el ejercicio de la opción se condiciona al impago de la deuda que se trata de garantizar.

El criterio de la anterior sentencia ha sido también el aplicado por sentencia dictada el día 14 de marzo de 2022 por doña María del Carmen Fernández Luis, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 100 de Madrid, recaída en juicio verbal contra la calificación de la registradora titular del Registro de la Propiedad número 11 de Madrid: “El examen del título también permite observar la existencia de datos objetivos que llevan a apreciar segundo defecto observado por la Registradora, pues de la escritura calificada se desprende que, desde su fecha, los concedentes de la opción se han convertido en deudores de una muy elevada parte precio de la eventual futura compraventa, que reciben por anticipado en dicho acto, más el importe de las arras, de donde concluye razonablemente la Registradora que la finalidad del negocio jurídico complejo, que resulta de los distintos pactos contenidos en la escritura, es obtener financiación inmediata, dada la urgente necesidad de liquidez reconocida por los propietarios concedentes en la propia escritura, y que la opción de compra del inmueble se otorga en garantía del pago de la deuda adquirida por los propietarios por el elevado importe del precio recibido por anticipado más el importe correspondiente a los gastos de la intermediación y asesoramiento financiero, de formalización de la operación y los de la cancelación registral del derecho de opción de compra y de otras cargas que en el presente o en el futuro graven la finca, gastos que también son asumidos por los concedentes en la cláusula sexta de la escritura objeto de calificación”.

En otras muchas ocasiones se ha pronunciado en este sentido nuestra Dirección General, indicando que el derecho de opción concedido en función de garantía (de una deuda que en el propio documento se reconoce en favor del optante) vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio, la cual se halla vigente en nuestro Derecho, tal y como resulta de los artículos 1.859 y 1.884 CC (RDSJFP de treinta de septiembre de 1998, veintiséis de noviembre de 2008, ...). En el caso de la resolución de cinco de mayo de 1992 se pretende inscribir un derecho de opción transmisible y ejercitable unilateralmente por el optante para el caso de impago por parte del concedente de unas obligaciones hipotecarias por este emitidas, pactándose como precio una cantidad coincidente con el importe de estas, y como deducciones de dicho precio las cantidades correspondientes a las obligaciones impagadas. Rechaza la Dirección la inscripción, por

entender que los términos del contrato evidencian que su finalidad exclusiva “es la de posibilitar al acreedor insatisfecho la apropiación del bien en cuestión en pago de su crédito”. Observa también la DG en su resolución de 28 de enero de 2020: “que la pretensión que se sostiene en el recurso, en el sentido de haberse convenido un supuesto pacto comisorio ‘*ex intervallo*’ (‘*ex post*’ a la obligación), tampoco tiene apoyo a la vista del contenido de la escritura calificada, pues se pacta la opción sin solución de continuidad al préstamo que se concede, siendo evidente por lo demás la conexión entre ambos”, conexión idéntica al presente caso objeto de calificación.

Calificación.

Se suspende la inscripción del precedente documento presentado:

- 1.º Por quedar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, quedan desnaturalizada su configuración como opción de compra;
- 2.º Por vulnerarse la prohibición del pacto comisorio en los términos expresados.

Se deniega la prohibición de disponer de la finca durante el periodo de vigencia del contrato de opción por ser contraria al artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

Contra esta calificación [...].

Pozuelo de Alarcón.–La Registradora, Fdo.: Marta Caveró Gómez. Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Marta Caveró Gómez Registrador/a de Registro Propiedad de Pozuelo de Alarcón 2, a día veintinueve de agosto del dos mil veintitrés.»

### III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió a la registradora de la Propiedad de Madrid número 5, doña María Jesús de Miguel de Miguel, quien, con fecha de 11 de septiembre de 2023, confirmó la calificación de la registradora de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón número 2.

### IV

Contra la nota de calificación sustituida, don M. L. B., en nombre y representación de las sociedades «Cotuca Investments, SL», «Hercap 2020, SL» y «Hercapital 22, SL», interpuso recurso el día 21 de septiembre de 2023 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«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 1.255 y 1.256 del Código Civil y cita una jurisprudencia indiscutible sobre la opción de compra, pero olvida que las partes, conforme al artículo 1.255 pueden añadir pactos que permitan no desnaturalizar el negocio jurídico, sino modificar su contenido típico, lo cual será obligatorio para ellas, conforme al artículo 1.256. 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 ejercitará 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 1.454 del Código Civil y niega que la cláusula sexta, párrafo segundo, imponga unas arras penitenciales o de desistimiento. Estas son aquellas 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 1.454, 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 1.454, sino que se ha observado, ni los artículos 1.256 y 1.256 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:

- (a) una prima, en concepto de arras, por importe de seiscientos mil euros (600.000,00 €);
- (b) un precio de la compraventa por importe de seiscientos cinco mil euros (605.000,00 €);
- (c) un plazo para el ejercicio de la opción de compra que se podrá ejecutar por los optantes entre el día siguiente al 24 de mayo de 2024 y 24 de noviembre de 2024; e

(d) igualmente, el concedente puede dejar sin efecto la opción de compra antes del 24 de mayo de 2024, 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.

Los optantes no han 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 V. A. F. G. han venido negociando la venta de la finca descrita con Cotuca Investments SL, Hercapital 22 SL y Hercap 2020 SL y fruto de dicha negociación, finalmente han convenido un precio, que de mutuo acuerdo han fijado de forma preliminar en seiscientos cinco mil euros (605.000 €).

No obstante, durante la negociación para la venta, don V. A. F. G. ha afirmado la posibilidad de obtener un precio superior, a la vista de las condiciones del mercado, mientras que Cotuca Investments SL, Hercapital 22 SL y Hercap 2020 SL sostiene que el precio convenido de seiscientos cinco mil euros (605.000 €) es el que corresponde a las condiciones actuales de mercado.

[...] se reconoce a don V. A. F. G. la posibilidad de dejar sin efecto la opción si encuentra un comprador que le ofrezca una cifra superior.

[...] si don V. A. F. G. 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 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 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.<sup>a</sup>) Es jurisprudencia reiterada de esta Sala que el artículo 1.256 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.<sup>a</sup>) 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 1.851 sin paralelo en la codificación decimonónica, que se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1.115.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 1.256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1.091 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 (artículos 1.255 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 1.256 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 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 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 puramente 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. Cabe resaltar que la vivienda se encuentre totalmente en bruto únicamente con las vigas interiores y la fachada por lo que el valor de la misma es infinitamente inferior al de mercado. 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 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.

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 Pozuelo de Alarcón 2 y por el Registrador Sustituto del Registro de la Propiedad de Madrid número 5, respectivamente, resultan ser manifiestamente contrarias a Derecho.»

V

Mediante escrito con fecha de 6 de octubre de 2023, la registradora de la propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 10, 1.115, 1.256, 1.273, 1.449, 1.690, 1.859 y 1.884 del Código Civil; 1, 9, 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 7 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios; 14 y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1902, 19 de mayo de 1982, 20 de mayo de 1986, 10 de junio de 1995, 18 de febrero, 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de mayo de 1998, 15 de junio de 1999, 26 de febrero y 26 de abril de 2001, 30 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 2 y 17 de febrero de 2006, 2 de julio de 2007, 21 de enero y 5 de junio de 2008, 20 de abril de 2009, 31 de marzo de 2011, 29 de mayo de 2014, 15 de junio de 2016 y 21 de febrero de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 25 de febrero y 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 13 de febrero y 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 10 de enero de 2001, 19 de febrero de 2002, 20 de noviembre de 2006, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 20 de julio, 20 de septiembre y 21 de octubre de 2012, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 14 de julio de 2016, 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 y 11 de abril y 13 de julio de 2022.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de opción de compra en la que concurren las circunstancias siguientes:

– Mediante escritura autorizada el día 24 de mayo de 2023, se otorga por el propietario de una finca registral, opción de compra con efectos de derecho real a favor de tres sociedades en diferentes proporciones para el caso de su ejercicio; se pacta como precio de la opción el de 600.000 euros que serán satisfechos por las tres entidades optantes en la proporción que corresponde a cada una de ellas; el precio de la compra en caso de ejercicio de la opción es el de 605.000 euros; se pacta como plazo para el ejercicio de la opción entre los días 24 de mayo de 2024 y 24 de noviembre de 2024; se acuerda por ambas partes el carácter jurídico real de la opción, y el carácter inscribible de la opción en el Registro de la Propiedad; en cuanto al procedimiento para el ejercicio de la opción, se pacta que podrá ser ejercitado unilateralmente por cualquiera de las tres entidades «a cuyo efecto bastará con que otorguen por sí mismos la escritura de compraventa de la finca en ejercicio de la opción, entendiéndose prestado el consentimiento irrevocable del vendedor don V. A. F. G., por medio del presente otorgamiento, por conferirse en él un derecho real de opción de compra. En tal supuesto, para que se entienda perfeccionada la compraventa, será necesario que se pague el precio de forma simultánea o consecutiva dentro del plazo de sesenta días hábiles a contar desde la fecha del efectivo ejercicio del derecho de opción, lo que se hará del modo siguiente: – El resto del precio de la compra, que resultará de descontar la cantidad entregada en este acto como precio de la opción de compra, así como las cantidades resultantes de cancelar cualquier carga que afecte a la finca, se deberá pagar de forma simultánea o consecutiva dentro del plazo de los sesenta días siguientes del

ejercicio de la opción de compra, mediante su ingreso en la cuenta bancaria [...]. No obstante lo anterior, para el caso de que no pudiera realizarse por algún motivo el mencionado ingreso, o fuera por cualquier circunstancia devuelto el mismo, la parte optante podrá realizar un depósito notarial de dicha cantidad, a disposición de la parte concedente, mediante la emisión del oportuno cheque bancario, debiéndose comunicar notarialmente a la parte concedente, mediante remisión de copia cédula del documento de constitución del depósito, por correo certificado con acuse de recibo. Por acuerdo entre las partes, el depósito será por un plazo de seis meses, a contar desde el día de su constitución, transcurrido el cual, se entenderá que la parte concedente desiste del cobro de dicha cantidad, procediéndose a la devolución del cheque a la parte optante. Asimismo, de dicho precio se descontarán las cantidades que hayan sido necesarias para cancelar cualquier carga que recaiga sobre la finca descrita en el expositivo de esta escritura, debiendo la misma quedar económicamente canceladas o subrogadas en la fecha del ejercicio de la opción de compra, o bien en los 60 días hábiles siguientes, acreditándose su importe y la efectiva cancelación mediante los oportunos justificantes emitidos al efecto. Para el caso de subrogarse la optante en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que graven 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 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 cedente-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 esta, 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 [...]. – Si hubiera pendientes otras cantidades, por deudas que puedan afectar con efectos de carga real a la finca, como cuotas del IBI (acreditadas mediante Certificación del Ayuntamiento), gastos de comunidad (acreditados mediante certificación del Administrador de la comunidad) u otras análogas, las mismas serán igualmente descontadas del precio a pagar... El ejercicio de la opción de compra cumpliendo todo lo indicado en esta escritura, producirá la inmediata transmisión de la propiedad y la posesión de la finca a favor de la optante [...].»

– En cuanto a las cantidades entregadas se les da el carácter de arras o señal y se pacta que «el indicado precio de la opción de compra, de seiscientos mil euros (600.000 €), que ha quedado pagado en este acto, tiene el carácter de arras o señal, por lo que si [...] no ejercitaran la opción lo perderían en su totalidad; y si don V. A. F. G., decidiera dejar sin efecto la opción de compra, en cualquier momento, y siempre antes del 24 de mayo de 2024, inclusive, únicamente deberá, por acordarlo así ambas partes, restituir la cantidad de seiscientos noventa y cinco mil quinientos euros (695.500 €)». Se pacta que, don V. A. F. G. no podrá gravar la finca objeto de la opción durante el plazo de ejercicio de la opción y se concede por don V. A. F. G. un poder de administración extraordinaria a favor de las entidades optantes.

La registradora suspende la inscripción de la opción de compra por los defectos siguientes: a) por quedar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, quedan desnaturalizada su configuración como opción de compra, y b) por vulnerarse la prohibición del pacto comisorio en los términos expresados. Además, deniega la prohibición de disponer de la finca durante el periodo de vigencia del contrato de opción.

El recurrente recurre los dos defectos por los que se suspende la inscripción de la opción de compra por lo que a estos se limitará la resolución. Alega lo siguiente: que la

operación se ajusta a la libertad contractual, no desnaturaliza el contrato de opción de compra al concurrir los elementos esenciales definidos anteriormente, la prima, la duración (plazo) y el precio de ejercicio; que en las dos fases se estipulan derechos y obligaciones tanto para el concedente como para los optantes, por lo que no se debe calificar la condición resolutoria como condición puramente potestativa, debido a que su cumplimiento no depende de la exclusiva voluntad de los optantes; que es 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 y, pueden establecer las condiciones que estimen pertinentes siempre que no contradigan a las leyes, la moral ni al orden público; que 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 ni afecta a un elemento esencial; 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 que se grava, por lo que no existe garantía de que la optante recupere las cantidades, al estar la prima/arras sujetas a los riesgos indicados; que el concedente dispone de un plazo de un año para lograr vender la finca por importe superior al pactado entre las partes y durante ese plazo la cantidad entregada al concedente no ha devengado ningún tipo de interés a favor de la optante; y que el anticipo del precio en calidad de prima y/o arras no devenga intereses durante la vida del contrato, por lo que difícilmente pueden observarse los elementos constitutivos de un préstamo y mucho menos de un pacto comisorio.

2. En relación con la opción de compra, 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 las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021 y 13 de julio de 2022, en un caso similar a este, así como otras citadas en los «Vistos» de la presente) 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, 1.859 y 1.884 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 1.859 y 1.884 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 esta), entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1.859 y 1.884 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 este 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».

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 (Sentencias de 15 de junio de 1999, 5 de junio de 2008 y 21 de febrero de 2017), y en sentencias de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2021 y 14 de marzo de 2022.

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

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

Por ello –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.

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

No se pacta en ningún caso la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, ni siquiera bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, ni son contrato de intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito a un consumidor. Tampoco son préstamos o créditos de

los previstos en el artículo 2.1.a) y, b) de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. El caso aquí planteado es una pura operación inmobiliaria, intermedia entre las arras o señal y la venta, que el legislador permite que alcance eficacia real y sea inscribible.

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

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

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

5. Al no existir préstamo ni crédito, ni venta con precio aplazado, en sentido técnico, no se puede concluir tampoco que exista interés ni mucho menos que sea usurario, cuya calificación por otra parte es siempre judicial.

En esto –la usura– se diferencia de otros casos de intereses nulos, como son determinados tipos de interés de demora respecto de los que existe un precepto imperativo que los regula, pues en tal caso sí son objeto de calificación registral. Es el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, ya que en tal caso el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible (véase artículo 25 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

Por otra parte, no consta resolución judicial alguna inscrita en el Libro Registro de Préstamos Usurarios (que se lleva en esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública, ex artículo 7 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios) por la que se considere nula por usuraria una operación como la aquí pactada.

6. En cuanto a la aseveración de la registradora que señala que «aunque no se pacte expresamente condición resolutoria, se deja igualmente al arbitrio del concedente la eficacia de la opción», esto es, dejando libremente a los concedentes de la opción la posibilidad de dejar sin efecto en un determinado plazo la operación si encuentran nuevos compradores, que mejoren el precio pactado, configurando en tal caso la cantidad entregada como arras o señal que se perdería, podría discutirse que no es propia condición suspensiva al depender en exclusiva de la voluntad de una de las partes.

No obstante, como alega el recurrente, la interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 1.115 del Código Civil, establece que 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 otros hechos 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».

Este Centro Directivo acoge como no puede ser de otra forma la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, haciendo interpretación restrictiva del artículo 1.115 del Código Civil considerando válida la condición suspensiva 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 exclusiva del interesado (véanse Resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado de 25 de febrero de 1994 y 13 de febrero de 1999).

Como ya señalara la Resolución de esta Dirección General de 18 de mayo de 2018, en relación con una condición suspensiva consistente en la transmisión de la finca en un plazo determinado y breve, con determinación de un precio mínimo (como ocurre también en el supuesto de hecho de este expediente) «[...] no cabe calificar de puramente 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».

Y aunque se rechazó la condición por afectar a un asiento de cancelación (no pudiendo las cancelaciones someterse a condición suspensiva) se recordaba la prohibición del artículo 1.115 del Código Civil, conforme al cual «cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código». Pero se aclaraba que la propia literalidad de la norma (como acontece también respecto del artículo 1.256 del mismo Código) y la gravedad de la sanción establecida han dado lugar a una interpretación restrictiva de la misma y a la habitual distinción entre las condiciones puramente potestativas, basadas en la pura arbitrariedad (pura condición de querer —«*si volam*», «*si voluero*»—), y las simplemente potestativas, en las que han de valorarse otros intereses e impulsos, de suerte que rara vez se ha apreciado por la jurisprudencia la existencia de las primeras, inclinada como está a calificar como condición no invalidante aquella en que la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos e intereses que, actuando sobre ella, influyan en su determinación, aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado (*vid.* las Resoluciones de este Centro Directivo de 28 de febrero de 1994, 15 de febrero de 2002, 22 de julio de 2004, 12 de mayo de 2010 y 6 de julio de 2015).

Por lo tanto, no estaríamos en el ámbito de las denominadas condiciones «puramente potestativas» que solo dependen de la voluntad del contratante, sino en el caso de una condición suspensiva mixta o simplemente potestativa pues también depende de la producción de un hecho incierto o avatar externo a la voluntad como es encontrar dentro del plazo fijado un comprador que pague mejor precio por la finca, por lo que debe entenderse como válida e inscribible en el Registro de la Propiedad.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación.

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

Madrid, 12 de diciembre de 2023.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.