

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

952 *Resolución de 14 de diciembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Fuenlabrada n.º 4, por la que se suspende la inscripción de una escritura de opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don Ignacio Maldonado Ramos, notario de Madrid, contra la calificación del registrador de la propiedad de Fuenlabrada número 4, don Manuel Mariano Crespo López, por la que se suspende la inscripción de una escritura de opción de compra.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 13 de julio de 2023 por el notario de Madrid, don Ignacio Maldonado Ramos, doña C. P. C. concedía opción de compra de una vivienda a favor de la entidad «Seneas Gestoría, SLU». En la escritura se exponía que doña C. P. C. había venido negociando la venta de la vivienda, y fruto de dicha negociación, finalmente había convenido un precio, que de mutuo acuerdo se había fijado de forma preliminar en 110.000 euros; que no obstante, durante la negociación para la venta, doña C. P. C. había afirmado la posibilidad de obtener un precio superior, a la vista de las condiciones de mercado, y la mercantil «Seneas Gestoría, SLU» había afirmado que el precio convenido de 110.000 euros era el que correspondía a las condiciones del actual mercado; que, por este motivo, teniendo en cuenta que a doña C. P. C. le urgía la venta de la finca descrita, ya que le convenía obtener de forma inmediata al menos una parte del precio, y a la mercantil «Seneas Gestoría, SLU» le interesaba la compra en las condiciones pactadas, pero respetando que doña C. P. C. pueda obtener un precio superior por la finca en los próximos meses como condición impuesta para el acuerdo de venta, ambas partes, convenían la formalización de un contrato de opción de compra, donde, por una parte, se atribuía al derecho de opción el carácter de derecho real y, por tanto, el mismo resultaría inscribible en el Registro de la Propiedad para dotarle de plenos efectos frente a terceros. Se pactaba para la opción lo siguiente: el precio de la opción es el de 7.740 euros, al que se da «el carácter, o más precisamente los efectos, de las arras o señal del contrato de compraventa previsto, y además el carácter de anticipo de precio, para el caso de que el mismo sea dejado sin efecto por alguna de las dos partes desde este otorgamiento hasta el día 13 de julio de 2024, de forma que si la mercantil Seneas Gestoría, SLU, desiste de comprar y quiere dejar sin efecto la opción de compra dentro de dicho plazo, perderá el precio de la opción de compra por importe de siete mil setecientos cuarenta euros (7.740,00 €), y si doña C. P. C., opta por dejar sin efecto la opción de compra y por tanto la futura compraventa, deberá devolverlo duplicado, como se indica más adelante, como si se tratara de una señal en concepto de arras»; asimismo, en ese acto se entregaban 35.260 euros, que tenían un concepto de anticipo de precio de compra; para el supuesto de que doña C. P. C. encontrara en los plazos que al efecto se acordaban un comprador que ofreciera un precio superior, se le permitía dejar sin efecto la opción de compra, mediante una condición resolutoria de la misma, que debería ser cumplida en los términos literalmente definidos en la escritura. Se pactaba como precio y plazo para el otorgamiento de la compraventa lo siguiente: «En el caso de que la compañía

mercantil Seneas Gestoría, SLU, ejercite la opción de compra, el precio de la compraventa asciende a ciento diez mil euros (110.000,00), descontándose del mismo el precio de la opción de compra, esto es, los siete mil setecientos cuarenta euros (7.740,00 €) así como, los treinta y cinco mil doscientos sesenta euros (35.260,00 €) entregados como anticipo, por lo que, al ejercitar dicha opción, deberán pagarse los restantes sesenta y siete mil euros (67.000,00) [...]. El plazo de la opción de compra es de doce (12) meses, a contar desde el otorgamiento de la presente escritura, hasta el día 13 de julio de 2024 [...] se reconoce, por acordarlo así ambas partes, eficacia jurídico real al derecho de opción de compra conferido, teniendo por tanto el mismo plenos efectos frente a terceros, a salvo la protección a los mismos como consecuencia de la fe pública registral o de la protección de la buena fe [...] acuerda que el derecho de opción de compra es inscribible en el Registro de la Propiedad y solicita que así se haga, debiendo además practicarse dicha inscripción con transcripción literal, de la condición resolutoria impuesta para el derecho de opción de compra». Se establecía un procedimiento para el ejercicio la opción: «Si Seneas Gestoría, SLU, llega a ejercitar la opción de compra, podrá formalizar por sí mismo, unilateralmente, la compraventa de la finca descrita, a cuyo efecto bastará con que otorgue por sí misma la escritura de compraventa de la finca en ejercicio de la opción, entendiéndose prestado el consentimiento del vendedor por medio del presente otorgamiento de forma irrevocable, por otorgarse 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, lo que se hará del modo siguiente: En cuanto al resto del precio de la compra, es decir, la cantidad de sesenta y siete mil euros (67.000,00), de dicho precio la cantidad de sesenta y seis mil novecientos diecisiete euros con sesenta céntimos de euro (66.917,60 €), coincidente con el importe pendiente de amortizar del préstamo con garantía hipotecaria que grava la finca, y a que se ha hecho mención en el apartado de cargas, la retendrá la parte compradora en su poder, con el fin de hacer frente al pago del mismo, asumiendo la condición de parte deudora en el citado préstamo, solicitando de la Entidad Acreedora libere al primitivo deudor de su responsabilidad en cuanto al pago de dicho préstamo. No obstante, yo el Notario, hago la oportuna advertencia. El resto del precio, ochenta y dos euros con cuarenta céntimos de euro (82,40 €) se consignará a favor de la concedente». Se pactaba además que, las cantidades entregadas en ese día tienen el carácter de arras o señal, para lo que se daba al precio que se pactaba para la opción (7.740 euros), el carácter de arras y además de anticipo de precio, y a los 35.260,00 euros el carácter de anticipo de precio, el carácter, o más precisamente los efectos, de las arras o señal del contrato de compraventa previsto, para el caso de que el mismo fuera dejado sin efecto por alguna de las dos partes desde el otorgamiento hasta el día 13 de julio de 2024, de forma que, si desistía de comprar y quería dejar sin efecto la opción de compra dentro de dicho plazo, la mercantil «Seneas Gestoría, SLU» perdería la cantidad entregada de 43.000 euros, y si doña C. P. C. optaba por dejar sin efecto la opción de compra y, por tanto, la futura compraventa, debería devolver la cantidad entregada como parte de precio, esto es, 35.260 euros más el duplo de la cantidad entregada como arras, esto es, 15.480 euros; para el supuesto de que doña C. P. C. encontrara en los plazos que al efecto se acordaban un comprador que ofreciera un precio superior, se le permitía dejar sin efecto la opción de compra, mediante una condición resolutoria de la misma, que debería ser cumplida en los términos pactados escritura. Se pactaba condición resolutoria del contrato y del derecho real de opción de compra en los términos siguientes: «Con el fin de permitir a doña C. P. C., la conclusión de una compraventa en mejores condiciones que las aquí pactadas, si las encontrara en el mercado, y dentro del plazo máximo de hasta el día 13 de julio de 2024, inclusive, se pacta que doña C. P. C., podrá dejar sin efecto la opción de compra, y por tanto el derecho real aquí constituido, si se cumple la siguiente condición resolutoria de la opción de compra: Que antes del día 13 de julio de 2024, otorgue una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción de compra, y a la vez devuelva el precio de la opción de

compra o arras por las cuantías que se han acordado en los párrafos anteriores». Por último, se pactaba que la finca no podría tener cargas posteriores a las que constaban en la escritura, de manera que, si el concedente suscribiera cargas posteriores, sería causa de ejecución de la opción, minorándose el importe de venta acordado en el importe de la carga suscrita con posterioridad por el concedente. Del mismo modo, también sería causa de ejecución de la opción antes del plazo acordado, el impago de dos cuotas de la hipoteca que actualmente gravaba la finca.

II

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

«Hechos

1.º El día 13 de julio de 2023 fue presentada telemáticamente en este Registro, asiento 1.175 del tomo 112 del Libro Diario la escritura de opción de compra y condición resolutoria autorizada el mismo día por el notario de Madrid don Ignacio Maldonado Ramos, número 2.184 de su protocolo. El día 2 de agosto último se aportó copia en papel de la misma escritura, con justificación de la presentación para el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

2.º En la escritura presentada doña C. P. C., como titular de la finca registral 32.907 de Fuenlabrada, Sección Primera, concede un derecho de opción de compra sobre la misma a favor de la entidad «Seneas Gestoría, SLU.»

3.º El precio de la opción asciende a 7.740 euros, con carácter además de anticipo de precio y arras. Y se entregan también a la concedente, junto con el precio de la opción, 35.260 euros, como anticipo del precio total –110.000 euros–, por lo que en caso de ejercicio de la opción habrá de pagarse el resto del precio, es decir 67.000 euros. De esta última cantidad, en caso de ejercicio del derecho de opción, se entregará a la concedente 82,40 euros y el resto, 66.917,60 euros, se retendrá por la optante para hacer frente al pago del préstamo hipotecario constituido con anterioridad sobre la finca a favor de Ing Direct NV Sucursal en España, inscripción séptima de 6 de julio de 2020. Resulta así que se entrega, como anticipo, la práctica totalidad del precio pactado –exceptuando lo retenido para hacer frente al pago del préstamo hipotecario, que lógicamente no es objeto de entrega anticipada–.

4.º La opción se concede por plazo de doce meses, pero se pacta condición resolutoria de modo que la concedente podrá dejar sin efecto la misma si antes del 13 de julio de 2024 otorga una escritura manifestando su voluntad en tal sentido y devuelve las cantidades ya percibidas, es decir 35.260 euros entregados como anticipo más el duplo de la cantidad recibida como arras, que asciende a 15.480 euros.

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. Y, a este respecto la sentencia dictada el día 16 de diciembre de 2021 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 manifiestan los concedentes, al igual que en el supuesto que nos ocupa, la urgente necesidad de realizar la venta y obtener de forma inmediata al menos una parte del precio, estableciendo también una condición resolutoria para el supuesto de obtener en el mercado, en el plazo de la opción, un precio superior. Y señala la indicada sentencia que “esa figuración 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”.

Segundo.

El pacto comisorio es contrario a los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

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”. Y 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 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 de pago en compensación de parte del precio acordado. 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.

Y, en un supuesto análogo al que motiva esta nota, la antes citada sentencia dictada el día 16 de diciembre de 2021 por doña María Emma Cobo García, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid, aprecia la existencia de un pacto comisorio y confirma la calificación de la registradora, señalando que no es “arbitrario ni irrazonable concluir que si el contrato de constitución de un derecho de opción de compra en favor del optante ha quedado desnaturalizado en su finalidad típica y primordial, el otorgamiento de aquel en función de garantía del pago de la deuda contraída vulnera el principio de prohibición del pacto comisorio al que se refieren los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil.”. Y, añade la misma sentencia que “para el

ejercicio de la opción de compra no se pactó un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición del bien inmueble sujeto a la opción ni un mecanismo adecuado de restitución de los pagos ya realizados por el deudor ni se han observado las garantías propias de un procedimiento de ejecución de garantías reales en favor de los concedentes/deudores, que se reputan consumidores puesto que son cónyuges, él jubilado y ella sin profesión especial, propietarios de una vivienda adquirida para su sociedad de gananciales mediante un préstamo hipotecario suscrito con La Caixa, pendiente de pago, cuya hipoteca subsiste vigente y sin cancelar, que suscribieron la escritura objeto de calificación al margen de cualquier actividad profesional puesto que nada de ello se indica en la escritura, y tampoco se establecen mecanismos de garantías de derechos de terceros.”

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, que señala: “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.”

Es necesario destacar que la finca objeto de la escritura presentada, según su inscripción séptima de hipoteca, en el año 2020 ha sido tasada para subasta en un importe muy superior –145.233,60 euros– al precio ahora pactado –110.000 euros–. De la misma inscripción resulta además que tal finca es la vivienda habitual de la concedente. Y, resulta también de especial relevancia, que nada se pacta en la escritura presentada, con independencia de lo que se establezca en otros documentos no aportados, respecto a los gastos e impuestos que se devenguen –y a cualesquiera otros gastos habituales como comisiones por intermediación o asesoramiento financiero–, a diferencia de los supuestos típicos de concesión de préstamos, en que las normas de protección de los consumidores –además de establecer procedimientos de información de los prestatarios– exigen la determinación en el documento principal del contratante que se hace cargo de tales gastos así como la fijación de su importe. Señalar, finalmente, que en caso de ejercicio de la condición resolutoria la concedente habría de devolver las arras duplicadas –15.480 euros–, lo que supone el pago de 7.740 euros a cambio del anticipo de 35.260 euros y de 7.740 euros de arras –en total 43.000 euros–; ello equivale, en caso de ejercicio de la condición resolutoria al final del plazo de un año pactado, a la satisfacción de un interés anual del 18% sobre el total anticipado, interés que se vería muy incrementado de ejercitarse dicha condición antes del plazo de un año, caso en que la cantidad a devolver en concepto de arras sería la misma; es decir, cuanto menor sea el plazo en que el concedente tienen en su poder la cantidad anticipada en caso de ejercicio de la condición resolutoria mayor será el interés que implica la devolución duplicada de las arras.

Calificación.

Se suspende la inscripción del precedente documento: 1.º Por quedar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, quedando

desnaturalizada la configuración del contrato como opción de compra; 2.º Por vulnerarse la prohibición del pacto comisorio en los términos expresados.

Contra esta calificación [...].

Fuenlabrada, a 24 de agosto de 2023. El Registrador, Fdo. Manuel Crespo López.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Ignacio Maldonado Ramos, notario de Madrid, interpuso recurso el día 29 de septiembre de 2023 mediante escrito en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«Fundamentos de Derecho

En cuanto al primero de los defectos citados, la calificación invoca una sentencia de un Juzgado de Madrid, manifestando que en el supuesto enjuiciado en la misma se contienen ciertas cláusulas de contenido similar a las que existen en la escritura que es objeto del presente recurso. Concretamente, la manifestación efectuada por la parte concedente del derecho de opción de la urgente necesidad de realizar la venta y obtener al menos una parte del precio, y el establecimiento de una condición resolutoria para el supuesto de que se obtenga en mercado un precio superior al pactado para el caso de la opción. Añade que en la referida sentencia se afirma que existe una “figuración” del derecho de opción de compra que no se ajusta al modelo tipificado en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, ya que se somete a una condición resolutoria que depende enteramente de la voluntad de los concedentes, añadiendo que estos pueden revocar libremente su consentimiento y dejar sin efecto la opción y el derecho real (*sic*), lo cual considera contrario a los artículos 1.115 y 1256 del Código Civil.

Dado que en su calificación el Registrador no aporta más datos o elementos que puedan justificar su decisión, hay que concluir en que hace suyos los contenidos en la sentencia que reseña, pero teniendo en cuenta que no especifica los argumentos desarrollados en la misma para fundamentar el fallo.

En consecuencia, a efectos del presente recurso hay que determinar si, efectivamente, la condición resolutoria pactada depende exclusivamente de la voluntad del deudor (en este caso, la parte concedente del derecho de opción), de tal manera que esta podría revocar sin más y con entera libertad su consentimiento, dejando sin efecto dicho derecho de opción. Igualmente, habrá que examinar en qué medida lo pactado en la escritura calificada desfigura o contraviene el texto correspondiente del artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Por fin, si se puede concluir que de todo ello resulta que, efectivamente, se deja la interpretación y cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

Respecto de la primera de las cuestiones, no hay duda de que en todo contrato se pueden pactar condiciones resolutorias de las que dependa su eficacia, y así resulta claramente del enunciado del artículo 1.113 del Código Civil. En el caso de la escritura calificada, se pacta expresamente que en el supuesto de que la parte concedente del derecho de opción de compra encontrara en los plazos que al efecto se acuerdan un comprador que ofreciera un precio superior, se le permite dejar sin efecto la presente opción de compra, mediante una condición resolutoria de la misma, que deberá ser cumplida en los términos literalmente definidos en la presente escritura. Dichos términos se reducen a que el concedente otorgue una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción de compra, y a la vez devuelva el precio de la opción de compra o arras por las cuantías que se han acordado en los párrafos anteriores.

La condición consiste, pues, en un hecho objetivo y comprobable: que se haya obtenido un precio superior al inicialmente pactado. En tal caso, dicha parte queda obligada a guardar una diligencia especial para poder obtener la resolución del contrato,

mediante el otorgamiento de una escritura donde así conste y efectúe la devolución de la parte del precio y las arras al efecto recibidas.

Lógicamente, siendo dicha parte la que en principio resulta favorecida por la concurrencia del hecho del que depende la condición, puede optar por no ejecutarla y consentir la continuación del contrato de opción en los términos pactados, pero esa facultad se produce necesariamente una vez producido el suceso futuro e incierto previsto. En consecuencia, la voluntad del concedente no puede influir en la producción del hecho en que consiste la condición, que no depende de él sino del mercado.

Y si es ajeno al nacimiento de dicho acontecimiento, eso implica que la producción o no de los efectos del derecho de opción de compra no dependen de su voluntad, y por tanto carece de esa libertad que se le atribuye para revocar libremente su consentimiento. Por el contrario, esa facultad forma parte del consentimiento prestado al efecto por ambas partes, que la contemplan y asumen, formando parte del entramado de las cláusulas del contrato, de obligatorio cumplimiento para ambos.

En cuanto a la relación de dicho pacto con el contenido del artículo 14 del reglamento Hipotecario, este determina que, para ser susceptible de acceso al Registro de la Propiedad, el contrato de opción de compra, o la cláusula que lo contenga en otro contrato, debe contener un convenio expreso para su inscripción, y la indicación del plazo previsto y del precio pactado, en su caso. En ningún caso cierra la posibilidad de que contenga otros pactos, cláusulas y condiciones que las partes quieran añadir. No puede entenderse entonces que la condición resolutoria pactada «desfigure» la naturaleza del derecho de opción, ya que no aparece ninguna prohibición expresa al respecto. Por el contrario, la regla sexta del artículo 51 del propio Reglamento Hipotecario establece que en toda inscripción han de copiarse las condiciones al efecto pactadas, admitiendo así expresamente su virtualidad.

En conclusión, no cabe entender que en el contrato pactado se contravenga la disposición del artículo 1.256 del Código Civil, por cuanto la condición contemplada no depende exclusivamente de la voluntad del concedente, sino que se basa en un hecho objetivo, ajeno a él, y que depende del mercado inmobiliario.

No hay que olvidar que la virtualidad del referido artículo 1.256 ha sido claramente limitada por la doctrina del Tribunal Supremo. Así, en su sentencia de 15 de julio de 2016, resume su propia jurisprudencia reiterada, en el sentido de que dicho precepto es excesivamente genérico (Sentencias de 26 de junio de 2001, 3 de noviembre de 2009 y 13 de junio de 2007). Añade que, ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal del mismo, hay que interpretarlo a la luz de sus antecedentes históricos para concluir en que se trata de una aplicación, poco meditada, de la regla del propio artículo 1.115 del Código Civil, y que no puede atribuirse un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1.091 del mismo Código. Es decir, que, si este último precepto otorga fuerza de ley a las obligaciones pactadas en un contrato, eso no significa que no se pueda pactar válidamente que uno de ellos pueda desvincularse o desligarse de las mismas. Concluye así en que no cabe dar al artículo 1.256 del Código Civil 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, según la doctrina de sus propias Sentencias de 9 de enero de 1995, 30 de noviembre de 2007, 19 de febrero de 2010, y 31 de marzo de 2011.

En cuanto al segundo de los defectos invocados, este es el de la vulneración de la prohibición del pacto comisorio ordenada en los artículos 1.851 y 1.884 del propio Código Civil.

En primer lugar, hay que advertir que sorprende la invocación de ambos preceptos, ya que los mismos se refieren, respectivamente, a la prenda e hipoteca y a la anticresis, figuras jurídicas que no aparecen en ningún apartado de la escritura calificada.

Es cierto que la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 10 de marzo de 2022 considera aplicable la prohibición del pacto comisorio a los casos en que se empleen medios indirectos para eludirlo, entre los cuales incluye el

de la constitución de un derecho de opción de compra, pero requiere para ello que el mismo opere en función de garantía de una deuda reconocida, extremo evidenciado por una conexión directa, al depender el ejercicio de la opción del impago de esa deuda.

Por el contrario, en el caso objeto de este recurso ocurre exactamente lo contrario: es la deuda la que depende del ejercicio o no de la opción, pues para que aquella nazca es preciso que esta quede sin efecto. Y esto solo en el caso de que el propio supuesto deudor, concedente de la opción, lo quiera así en función del hecho objetivo de determinadas circunstancias del mercado.

La opción tiene, pues, entidad y autonomía propias. Es cierto que, en el caso de que se efectivamente se verifique la condición pactada, la opción podría quedar sin efecto, y entonces el concedente de la misma tendría de devolver los importes inicialmente percibidos, pero esto no es más que una aplicación de la obligación recíproca de las partes de un contrato de devolverse las prestaciones inicialmente recibidas en caso de ineficacia sobrevenida del mismo, a la que se refieren los artículos 1.123 y 1.454 del Código Civil.

Resulta entonces que las posible consecuencias de ese pacto accesorio, que depende de un suceso de incierta producción, que está previsto en la ley con tal carácter y cuyos efectos están también determinados expresamente en las disposiciones legales, se convierte, según la calificación recurrida, en el elemento principal del entramado contractual, transformando lo que es un contrato de opción de compra (con recepción de cantidades a cuenta y pacto de arras, sometido a una condición resolutoria –por esencia, incierta–), en un reconocimiento de deuda para cuya garantía se concede un derecho de opción, con cuyo ejercicio se saldaría aquella. Es decir, el derecho de opción, que es el objeto de la escritura, pasa a convertirse en una garantía de esa hipotética obligación de restitución; y la obligación de, en su caso, devolver las arras en la cuantía ordenada por el artículo 1.454 del Código civil se convierte en el interés de la obligación de restitución. Además, se da a entender que tal interés es abusivo y se reprocha que no se especifiquen en el texto de la escrituras otras cuestiones referentes a unos supuestos gastos e impuestos habituales como comisiones por intermediación o asesoramiento financiero, aplicando la normativa de protección de los consumidores aplicable a los supuestos típicos de concesión de préstamos, terminando por cuestionar hasta el precio pactado para la opción, comparándolo con el que figura en la tasación incorporada a una escritura de préstamo hipotecario anterior.

En definitiva, ya no se trata de una deuda derivada de una posible frustración de la opción de compra pactada, sino de un auténtico préstamo a favor de consumidores.

Para justificar esta interpretación, el registro dice apoyarse en determinadas resoluciones judiciales y administrativas, que se examinan seguidamente.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017 requiere, para considerar que una convención incurre en la calificación de pacto comisorio que la valoración del bien a adquirir no esté sometido a un procedimiento “objetivable”. La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de marzo de 2022, se basa, para llegar a la misma conclusión en el caso allí examinado, que las cosas ofrecidas en garantía tengan una valoración muy inferior a la real o superior al de la obligación garantizada, de tal manera que la ausencia de tasación pueda provocar que el pacto se convierta en “inequitativo” al tiempo de ejecución de la opción. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid de 16 de diciembre de 2021, como hemos visto, partiendo de la base de una supuesta “desnaturalización” de la opción de compra, estima que el supuesto enjuiciado se incurría en la prohibición del pacto de *lex commissoria* ante la ausencia de un procedimiento “objetivable” de valoración y ejecución del bien en cuestión, junto a ciertas circunstancias de la parte concedente de la opción que le hacen suponer la falta de aplicación de las medidas de protección a los consumidores. Y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 100 de los de Madrid, por su parte se basa llega a la conclusión de que en el caso a ella sometido la intención de los concedentes era obtener financiación inmediata, y que se habían convertido en deudora de una “muy elevada” parte del precio,

incluyendo las arras y los gastos de formalización de los actos jurídicos implicados y de los intermediarios financieros.

Se pueden unificar los argumentos empleados en las resoluciones citadas para considerar aplicable la interdicción del pacto de *lex commissaria* en la apreciación de la existencia real de un préstamo a consumidores, encubierto bajo la apariencia de un contrato de opción de compra, y nacido de una situación de apremiante urgencia de financiación, con un incremento de la cantidad a devolver mediante la adición de arras y gastos de intermediación, y la ausencia de un procedimiento objetivo para determinar el valor del bien en cuestión.

Pues bien, en el caso objeto de este recurso, es cierto que ambas partes contemplan expresamente la existencia de una situación urgencia por parte de la concedente del derecho de opción de compra, como justificación de la interposición de la condición resolutoria pactada, pero nada indica que se deba a circunstancias apremiantes o angustiosas. Tampoco consta ningún dato que implique que el préstamo hipotecario vigente se encuentre en situación de impagado o se haya iniciado algún procedimiento de ejecución del mismo. Y, desde luego, el abajo firmante no apreció ninguna duda o falta de información en la disponente en el acto del otorgamiento de la escritura.

La concurrencia de las arras está expresamente admitida en general por el artículo 1.454 del Código Civil y es ese mismo texto el que establece la sanción al vendedor de abonar el duplo de lo así recibido en caso de que opte por resolver el contrato. Nada justifica la pretensión de equiparar la suma resultante a un interés sobre las cantidades recibidas y susceptibles de devolución en caso de resolución del derecho de opción concedido. Teniendo en cuenta además que, como expresamente se reconoce en la calificación recurrida, no hay previsión alguna en la escritura respecto de otros posibles costes o gastos, de intermediación o de otro tipo, no se puede presumir en el caso ningún incremento injustificado de la cantidad a devolver.

Por fin, en cuanto a la determinación objetiva del precio de la compraventa prevista y, por tanto, del valor del bien en cuestión, lo cierto es que el pactado en la escritura coincide casi al cien por cien con el valor de referencia que figura señalado por los servicios del Catastro el día de la firma (110.917,89 euros), con lo cual difícilmente puede considerarse “inequitativo” o susceptible de provocar un enriquecimiento injusto».

IV

Mediante escrito, de fecha 6 de octubre de 2023, el registrador 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 los hechos, pactos y circunstancias siguientes:

– En la escritura de fecha 13 de julio de 2023, doña C. P. C. concede opción de compra de una vivienda a favor de la entidad «Seneas Gestoría SLU». En la escritura se expone que doña C. P. C. ha venido negociando la venta de la vivienda, y fruto de dicha negociación, finalmente ha convenido un precio, que de mutuo acuerdo ha fijado de forma preliminar en 110.000 euros; que, no obstante, durante la negociación para la venta doña C. P. C., ha afirmado la posibilidad de obtener un precio superior, a la vista de las condiciones de mercado, y la mercantil «Seneas Gestoría, SLU», ha afirmado que el precio convenido de 110.000 euros, es el que corresponde a las condiciones del actual mercado; que por este motivo, teniendo en cuenta que a doña C. P. C., le urge la venta de la finca descrita, ya que le conviene obtener de forma inmediata al menos una parte del precio, y a la mercantil «Seneas Gestoría, SLU», le interesa la compra en las condiciones pactadas, pero respetando que doña C. P. C., pueda obtener un precio superior por la finca en los próximos meses como condición impuesta por él para el acuerdo de venta, ambas partes, convienen la formalización de un contrato de opción de compra, donde por una parte se atribuye al derecho de opción el carácter de derecho real, y por tanto el mismo resultará inscribible en el Registro de la Propiedad para dotarle de plenos efectos frente a terceros.

– Se pacta para la opción lo siguiente: el precio de la opción es el de 7.740 euros, al que se da «el carácter, o más precisamente los efectos, de las arras o señal del contrato de compraventa previsto, y además el carácter de anticipo de precio, para el caso de que el mismo sea dejado sin efecto por alguna de las dos partes desde este otorgamiento hasta el día 13 de julio de 2024, de forma que si la mercantil Seneas Gestoría, SLU, desiste de comprar y quiere dejar sin efecto la opción de compra dentro de dicho plazo, perderá el precio de la opción de compra por importe de siete mil setecientos cuarenta euros (7.740,00 €), y si doña C. P. C., opta por dejar sin efecto la opción de compra y por tanto la futura compraventa, deberá devolverlo duplicado, como se indica más adelante, como si se tratara de una señal en concepto de arras»; asimismo, en ese acto se entregan 35.260 euros, que tienen un concepto de anticipo de precio de compra; para el supuesto de que doña C. P. C. encontrara en los plazos que al efecto se acuerdan un comprador que ofreciera un precio superior, se le permite dejar sin efecto la opción de compra, mediante una condición resolutoria de la misma, que deberá ser cumplida en los términos literalmente definidos en la escritura.

– Se pacta como precio y plazo para el otorgamiento de la compraventa lo siguiente: en el caso de que la compañía mercantil «Seneas Gestoría, SLU» ejercite la opción de compra, el precio de la compraventa asciende a 110.000 euros descontándose del mismo el precio de la opción de compra, esto es, los 7.740 euros, así como, los 35.260 euros entregados como anticipo, por lo que, al ejercitar dicha opción, deberán pagarse los restantes 67.000 euros; el plazo de la opción de compra es de doce meses, a contar desde el otorgamiento de la presente escritura, hasta el día 13 de julio de 2024.

– Se reconoce, por acordarlo así ambas partes, eficacia jurídico real al derecho de opción de compra conferido, teniendo por tanto el mismo plenos efectos frente a terceros, a salvo la protección a los mismos como consecuencia de la fe pública registral o de la protección de la buena fe; se acuerda que el derecho de opción de compra es inscribible en el Registro de la Propiedad y solicita que así se haga, debiendo además practicarse dicha inscripción con transcripción literal, de la condición resolutoria impuesta para el derecho de opción de compra.

– Se establece un procedimiento para el ejercicio de la opción: «Si Seneas Gestoría, SLU, llega a ejercitar la opción de compra, podrá formalizar por sí mismo, unilateralmente, la compraventa de la finca descrita, a cuyo efecto bastará con que

otorgue por sí misma la escritura de compraventa de la finca en ejercicio de la opción, entendiéndose prestado el consentimiento del vendedor por medio del presente otorgamiento de forma irrevocable, por otorgarse 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, lo que se hará del modo siguiente: En cuanto al resto del precio de la compra, es decir, la cantidad de sesenta y siete mil euros (67.000,00), de dicho precio la cantidad de sesenta y seis mil novecientos diecisiete euros con sesenta céntimos de euro (66.917,60 €), coincidente con el importe pendiente de amortizar del préstamo con garantía hipotecaria que grava la finca, y a que se ha hecho mención en el apartado de cargas, la retendrá la parte compradora en su poder, con el fin de hacer frente al pago del mismo, asumiendo la condición de parte deudora en el citado préstamo, solicitando de la Entidad Acreedora libere al primitivo deudor de su responsabilidad en cuanto al pago de dicho préstamo. No obstante, yo el Notario, hago la oportuna advertencia. El resto del precio, ochenta y dos euros con cuarenta céntimos de euro (82,40 €) se consignará a favor de la concedente».

– Se pacta que, las cantidades entregadas en ese día tienen el carácter de arras o señal, para lo que se da al precio que se pacta para la opción (7.740 euros) el carácter de arras y además de anticipo de precio y a los 35.260 euros el carácter de anticipo de precio, el carácter, o más precisamente los efectos, de las arras o señal del contrato de compraventa previsto, para el caso de que el mismo sea dejado sin efecto por alguna de las dos partes desde el otorgamiento hasta el día 13 de julio de 2024, de forma que, si desiste de comprar y quiere dejar sin efecto la opción de compra dentro de dicho plazo, la mercantil «Seneas Gestoría, SLU» perderá la cantidad entregada de 43.000 euros, y si doña C. P. C. opta por dejar sin efecto la opción de compra y por tanto la futura compraventa, deberá devolver la cantidad entregada como parte de precio, esto es, 35.260 euros más el duplo de la cantidad entregada como arras, esto es, 15.480 euros; para el supuesto de que doña C. P. C., encontrara en los plazos que al efecto se acuerdan un comprador que ofreciera un precio superior, se le permite dejar sin efecto la presente opción de compra, mediante una condición resolutoria de la misma, que deberá ser cumplida en los términos pactados.

– Se pacta condición resolutoria del contrato y del derecho real de opción de compra en los términos siguientes: «Con el fin de permitir a doña C. P. C., la conclusión de una compraventa en mejores condiciones que las aquí pactadas, si las encontrara en el mercado, y dentro del plazo máximo de hasta el día 13 de julio de 2024, inclusive, se pacta que doña C. P. C., podrá dejar sin efecto la opción de compra, y por tanto el derecho real aquí constituido, si se cumple la siguiente condición resolutoria de la opción de compra: Que antes del día 13 de julio de 2024, otorgue una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción de compra, y a la vez devuelva el precio de la opción de compra o arras por las cuantías que se han acordado en los párrafos anteriores».

– Por último, se pacta que la finca no podrá tener cargas posteriores a las que constan en la escritura, de manera que si el concedente suscribiere cargas posteriores será causa de ejecución de la opción minorándose el importe de venta acordado en el importe de la carga suscrita con posterioridad por el concedente. Del mismo modo también será causa de ejecución de la opción antes del plazo acordado el impago de dos cuotas de la hipoteca que actualmente grava la finca.

El registrador señala como defectos los siguientes: a) por quedar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, quedando desnaturalizada la configuración del contrato como opción de compra, y b) por vulnerarse la prohibición del pacto comisorio en los términos expresados.

El notario recurrente alega lo siguiente: en cuanto a si la condición depende de la voluntad del deudor, en este caso, la condición consiste en el hecho objetivo y comprobable de que se haya obtenido un precio superior al inicialmente pactado; que siendo dicha parte la que en principio resulta favorecida por la concurrencia del hecho del que depende la condición, puede optar por no ejecutarla y consentir la continuación

del contrato de opción en los términos pactados, pero esa facultad se produce necesariamente una vez producido el suceso futuro e incierto previsto y, en consecuencia, la voluntad del concedente no puede influir en la producción del hecho en que consiste la condición, que no depende de él sino del mercado; que la producción o no de los efectos del derecho de opción de compra no dependen de la voluntad del deudor, y por tanto carece de esa libertad que se le atribuye para revocar libremente su consentimiento y, esa facultad forma parte del consentimiento prestado al efecto por ambas partes, que la contemplan y asumen, formando parte del entramado de las cláusulas del contrato, de obligatorio cumplimiento para ambos; que la condición resolutoria pactada no desfigura la naturaleza del derecho de opción, ya que no aparece ninguna prohibición expresa al respecto; que en definitiva, la condición contemplada no depende exclusivamente de la voluntad del concedente, sino que se basa en un hecho objetivo, ajeno a él, y que depende del mercado inmobiliario; que no cabe dar al artículo 1.256 del Código Civil 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; que es la deuda la que depende del ejercicio o no de la opción y no al revés, pues para que aquella nazca es preciso que esta quede sin efecto; en cuanto a la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, que en el caso de que se efectivamente se verifique la condición pactada, la opción podría quedar sin efecto, y entonces el concedente de la misma tendría de devolver los importes inicialmente percibidos, pero esto no es más que una aplicación de la obligación recíproca de las partes de un contrato; que se trata de una deuda derivada de una posible frustración de la opción de compra pactada, y no de un auténtico préstamo a favor de consumidores; que, aun cuando se motiva la opción en una situación de búsqueda de mejoras del mercado, en la escritura calificada nada indica que se deba a circunstancias apremiantes o angustiosas del deudor, ni consta ningún dato que implique que el préstamo hipotecario vigente se encuentre en situación de impagado o se haya iniciado algún procedimiento de ejecución del mismo, y el notario autorizante no apreció ninguna duda o falta de información en la disponente en el acto del otorgamiento de la escritura; que nada justifica la pretensión de equiparar la suma resultante a un interés sobre las cantidades recibidas y susceptibles de devolución en caso de resolución del derecho de opción concedido, teniendo en cuenta además que, cómo expresamente se reconoce en la calificación, no hay previsión alguna en la escritura respecto de otros posibles costes o gastos, de intermediación o de otro tipo, por lo que no se puede presumir en el caso ningún incremento injustificado de la cantidad a devolver; que el pactado en la escritura coincide casi al cien por cien con el valor de referencia que figura señalado por los servicios del Catastro el día de la firma, con lo cual difícilmente puede considerarse «inequitativo» o susceptible de provocar un enriquecimiento injusto.

2. El primero de los defectos señala que queda la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, quedando desnaturalizada la configuración del contrato como opción de compra.

Alega el notario recurrente que la condición consiste en el hecho objetivo y comprobable de que se haya obtenido un precio superior al inicialmente pactado. En cuanto a que se deja 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, 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 de los Registros 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.

En el concreto supuesto, la voluntad del concedente no puede influir en la producción del hecho en que consiste la condición, que no depende de él sino del mercado y, como sostiene el notario recurrente, la producción de los efectos del derecho de opción de compra no dependen de la voluntad del deudor, y, por tanto, carece de esa libertad que se le atribuye para revocar libremente su consentimiento y, esa facultad procede del consentimiento prestado por ambas partes. Así, la condición resolutoria pactada no desfigura la naturaleza del derecho de opción y, en definitiva, la condición contemplada no depende exclusivamente de la voluntad del concedente, sino que se basa en un hecho

objetivo, ajeno a él, y que depende del mercado inmobiliario; en consecuencia, es la deuda la que depende del ejercicio o no de la opción y no al revés, pues para que aquella nazca es preciso que esta quede sin efecto. En consecuencia, el defecto debe ser revocado.

3. El segundo de los defectos señala que se vulnera la prohibición del pacto comisorio.

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.

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

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

Por ello –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.

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

No se pacta en ningún caso en la escritura objeto de este expediente la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, 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, 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.

6. 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, de 15 de marzo, 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.

En el concreto supuesto, aun cuando se motiva la opción en una situación de búsqueda de mejoras del mercado, como bien alega el notario recurrente, en la escritura nada indica que se deba a circunstancias apremiantes o angustiosas del deudor, ni consta ningún dato que implique que el préstamo hipotecario vigente se encuentre en situación de impagado o se haya iniciado algún procedimiento de ejecución del mismo; por tanto, nada justifica la pretensión de equiparar la suma resultante a un interés sobre las cantidades recibidas y susceptibles de devolución en caso de resolución del derecho de opción, y como resulta de la escritura y de la calificación, no hay previsión alguna respecto de otros posibles costes o gastos, de intermediación o de otro tipo, por lo que no se puede presumir en el caso ningún incremento injustificado de la cantidad a devolver; por otra parte, el pactado en la escritura coincide prácticamente con el valor de referencia que figura señalado por los servicios del Catastro el día de la firma, en consecuencia, no parece ser susceptible de provocar un enriquecimiento injusto.

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

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, 14 de diciembre de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.