

previa autorización administrativa pertinente y es indudable que si esta autorización tiene un plazo de vigencia determinado, este condicionamiento implica asimismo la exigencia de que la inscripción en el Registro Mercantil no se efectúe sino en base a una autorización que se halle en vigor. Por otra, el citado artículo 3 Orden Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de noviembre de 1988, cuando fija la duración de la autorización administrativa no sólo no contradice lo anterior (al no contener la especificación que invoca el recurrente) sino que lo corrobora por cuanto ordena que la documentación necesaria para la inscripción en el Registro administrativo habrá de presentarse dentro de los tres meses de vigencia de la autorización administrativa, pero al mismo tiempo y en concordancia con los artículos 11-7 Ley 8/1987 y 28-7 de su Reglamento, establece que la inscripción en el Registro Mercantil es presupuesto de la que habrá de efectuarse en el administrativo y que la autorización administrativa es previa a la constitución del fondo en escritura pública.

3. Lo que, en cambio, no procede es calificar esa pérdida de vigor de la autorización aportada como defecto insubsanable que imponga, por tanto, nuevo otorgamiento, pues a los inconvenientes prácticos innecesarios que de ello deriva, han de añadirse dos consideraciones: a) que si lo que se pretende con la exigencia de autorización es la acomodación del acto constitutivo a las directrices del Ministerio de Economía y Hacienda, (vid artículo 11.3 de la Ley 8/1987 y 28.4 de su Reglamento) no debe haber obstáculo alguno para que ese Ministerio, con ocasión de la concesión de una nueva autorización, confirme o ratifique las actuaciones verificadas al amparo de la caducada; b) que el artículo 3 de la Orden ministerial precitada, al establecer que la autorización queda sin efecto transcurrido el plazo de tres meses señalado salvo causa debidamente justificada, pone de manifiesto tanto la posibilidad de su prórroga como la de su rehabilitación posterior y, en este caso, es evidente la innecesariedad de su nuevo otorgamiento.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Acuerdo apelado, salvo en cuanto califica el defecto insubsanable, y lo demás acordado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 1 de marzo de 1991.—El Director general, Antonio Pau Pedrón.

Sr. Registrador número 1 de Madrid.

**14174** RESOLUCION de 8 de abril de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Ana Rodoreda Masferrer, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de Barcelona a inscribir una escritura de opción de compra, en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por doña Ana Rodoreda Masferrer, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de Barcelona a inscribir una escritura de opción de compra, en virtud de apelación del señor Registrador.

#### Hechos

##### I

El día 9 de octubre de 1987, en escritura pública otorgada ante don Vicente Pons Llacer, Notario de Barcelona, doña Ana Rodoreda Masferrer concedió a los cónyuges don Manuel Ferrero Castiello y doña Teresa Díaz un derecho de opción de compra sobre una finca urbana de su propiedad, sita en la calle Nápoles, números 347-349, de Barcelona. En el pacto C de la referida escritura se estableció: «El precio alzado convenido por ambas partes para la compra de la finca relacionada en caso de ejercitarse la opción, se fija en la suma de un millón doscientas cincuenta mil pesetas; que deberá satisfacer la señora Rodoreda Masferrer al otorgarse la correspondiente escritura de compraventa. El precio convenido de un millón doscientas cincuenta mil pesetas, se estipula a base de que la finca relacionada esté libre de cargas y gravámenes, puesto que en el supuesto de existir alguna hipoteca afectando a la finca o cualquier otro gravamen, su importe sería descontado del total precio pactado y retenido por la compradora para pagar en su día y cancelar las referidas cargas. Asimismo convienen los otorgantes que la optante podrá satisfacer en todo o en parte el precio de adquisición, por vía de compensación de los créditos que en el momento de ejercitar la opción ostente contra los cedentes señores Ferrero-Díaz.»

##### II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 4 de los de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento (copia de la escritura autorizada por el Notario de Barcelona señor Pons, número 969/1987) toda vez que la opción de compra en que el precio puede satis-

facerse por compensación de créditos contra el vendedor es una figura de garantía extraña a la causa del contrato de opción y contraria a la prohibición del pacto comisorio. Defecto insubsanable. Se deniega también la pretensión de la supuesta optante de que se inscriba el documento prescindiendo del párrafo de compensación de créditos, puesto que la denegación no se refiere a esa cláusula concreta (artículo 434 Reglamento Hipotecario), sino a todo el contrato, que resultaría de esa forma unilateralmente modificado. No procede tomar anotación de suspensión, que tampoco ha sido solicitada. Barcelona, 12 de mayo de 1988.—El Registrador de la Propiedad, Pedro Avila Navarro.»

Con posterioridad fue nuevamente presentada en el mismo Registro la citada escritura acompañada de una instancia de fecha 5 de mayo de 1988 que doña Ana Rodoreda Masferrer dirige al Registrador en la que renuncia a que se inscriba el referido Pacto C, y fue calificada con la siguiente nota: «Presentado a nueva calificación el título a que se refiere la nota anterior, se reitera dicha íntegramente. Barcelona, 31 de mayo de 1988.—El Registrador de la Propiedad, Pedro Avila Navarro.»

##### III

Doña Ana Rodoreda Masferrer interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 1.255 y 1.275 del Código Civil, se entiende que en virtud de la libertad contractual permitida por dicho texto legal, se puede pactar con los cedentes del derecho de opción, que en caso de adquisición de la finca, podrá pagarse el precio por vía de compensación de créditos, por ser una de las formas de extinción de las obligaciones permitida por el artículo 1.156 del Código Civil. Que para el discutido supuesto de que el pago mediante compensación pudiera desfigurar el contrato de opción o el pacto comisorio implícito en todas las obligaciones recíprocas, se renunció expresamente a la inscripción del referido pacto. Que el señor Registrador no admitió dicha renuncia por considerar que modificaría de manera unilateral el contrato de opción, pero se entiende que siendo la recurrente la única beneficiaria de dicho pacto, puede unilateralmente renunciar al mismo, quedando salvaguardada la inscripción registral frente a terceros al no constar el pacto en el Registro. Que es de hacer notar que si dicho pacto hubiera sido suscrito privadamente entre los otorgantes de la escritura, el Registrador no se hubiera enterado del mismo y hubiera tenido que inscribir el documento, sin que la inscripción evitase la existencia de dicho pacto. Que no corresponde al Registrador sino al Juzgado determinar si un contrato no tiene causa o su causa es lícita. Que, por todo ello, se opina que debe revocarse la calificación del señor Registrador y acordarse la inscripción del documento, con la salvedad a que se refiere la instancia de fecha 9 de mayo de 1988.

##### IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que hay que referirse a los dos extremos señalados en la nota de calificación: A. Nulidad de la opción «Comisoria». a) La libertad de pacto. Que con el pacto en cuestión quedan conculcados los tres límites del artículo 1.255 del Código Civil. Que el pacto comisorio es contrario a la Ley. Nuestro Derecho es contrario al mismo y que aunque no se prohíbe expresamente su prohibición no hay que buscarla en su regulación específica, sino en el tratamiento del fraude de ley del artículo 6.4 del Código Civil, como acto que busca un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico en la regulación de las figuras típicas de garantía. Que el pacto Comisorio que rechazado históricamente, entre otros ordenamientos por el Derecho Canónico, por consideraciones no sólo jurídicas, sino morales. Que, por último, dicho pacto es contrario al orden público, en cuanto pretende eludir las normas procesales de ejecución de los derechos reales de garantía, todas ellas de carácter imperativo y de orden público. En este sentido hay que destacar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 1987; y b) La causa del contrato. Que la decisión denegatoria del Registrador va más allá de la cláusula, pues se considera que el pacto desnaturaliza el contrato mismo y que, en este caso, la opción de compra no es sino el ropaje con que trata de disfrazarse un derecho de garantía amputado de todo procedimiento legal de ejecución. Esta inexistencia o ilicitud de la causa supone la ineficacia del contrato entero, según el artículo 1.275 del Código Civil, sin que quepa distinguir en la escritura unos pactos eficaces de otros que no lo son, o una opción inscribible de otra que no lo es. B. Imposibilidad de inscripción parcial. a) La solicitud de la interesada. Que debe tenerse en cuenta que el párrafo de compensación de créditos de la escritura no es el objeto de la denegación de la inscripción de ésta, sino la causa de la misma; en efecto: la denegación, como dice la nota, se refiere a todo el contrato, por las razones expuestas anteriormente; el pacto aun cuando fuere válido, no es inscribible en virtud del artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario; y cuando se pretende que el Registrador prescinda de él, no se trata de obtener la llamada «inscripción parcial» a que se refiere el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, sino la «calificación parcial» no acogida en

precepto alguno. La Resolución de 27 de noviembre de 1986 confirma que el artículo 434 del Reglamento no confiere «un derecho de configuración jurídica»; aun cuando fuere inscribible, la presencia o ausencia del pacto en el contrato determina que éste pueda calificarse de contrato de garantía disimulado bajo la apariencia de opción, o de verdadera y propia opción de compra y este paso de una a otra figura es una decisión sustancial que requerirá el consentimiento de ambas partes expresado en escritura pública, conforme el artículo 1.280 del Código Civil; y, finalmente, aun prescindiendo de todas las anteriores consideraciones, el artículo 434 del Reglamento Hipotecario regula, como dice la Resolución antes citada, una simple facultad de manifestar la conformidad con el despacho parcial que no ha sido propuesto en ningún momento, por partir del Registrador de la ineficacia de todo el contrato; y b) La cláusula extravagante. Que argumenta el recurso que la escritura hubiere sido inscrita si la cláusula comisorio se hubiese pactado fuera de aquélla, en otra escritura o en un documento privado. Que el Registrador no puede calificar por otros documentos que los presentados, lo que resulta más obvio aún si esos otros documentos no le son conocidos; los actos y contratos ineficaces pueden ser inscritos si el Registrador no advierte el defecto, y prueba de ello es que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria se refiere a esa inscripción; en el momento en que la cláusula extravagante entrase en contacto con el resto del negocio revelaría la cláusula ilícita y los Tribunales podrían apreciar su efecto viciante y declarar la ineficacia del contrato, con consecuencias mucho más graves para los propios contratantes y para eventuales terceros que los que causa ahora la denegación registral. Que todo ello no hace sino poner de relieve la eficacia depuradora de la calificación registral en la evitación de futuros litigios y en contribución a la seguridad jurídica.

## V

El Notario autorizante informó: Que tradicionalmente se han venido clasificando los elementos del negocio jurídico en esenciales, naturales y accidentales. Los esenciales vienen determinados en el artículo 1.261 del Código Civil, a los que hay que añadir la forma. Que la calificación registral, aparte de otros aspectos no menos importantes, debe centrarse esencialmente en el examen de estos elementos sin los cuales el negocio no puede existir. Pues bien, el consentimiento libre y ausente de vicios se desprende de las circunstancias personales de los otorgantes contenidas en el documento y del juicio de capacidad del Notario autorizante. El objeto del mismo, las prestaciones de ambas partes, que, en este caso, la cosa y el precio son lícitos y determinados. Y, en cuanto a la causa, como dice el artículo 1.277 del Código Civil se presume que existe y es lícita mientras no se pruebe lo contrario. Que, por otro lado, existen los elementos naturales, que no son del caso examinar y, finalmente, los accidentales entre los que destaca la condición, el término y el modo, aunque existen otros muchos de diversa naturaleza entre los que cabe citar, el lugar, la cláusula penal, las arras y los pactos agregados y, entre estos últimos, cabe incluir la cláusula controvertida en el presente recurso. Que es por ello por lo que no se acepta la tesis del señor Registrador en la nota de calificación, dado que esta cláusula es un elemento accidental del negocio y que es renunciable por el posible optante, primero, porque lo único que contiene es la concesión a éste de un derecho potestativo (y como tal renunciable) en cuanto a la forma de pago, y segundo por lo que establece el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. De donde resulta que dicho Reglamento no impone restricción alguna en cuanto a los pactos respecto de los que cabe renunciar a su inscripción y queda al arbitrio del presentante del documento manifestar la conformidad a que se inscriba el documento prescindiendo de una determinada estipulación.

## VI

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la nota del Registrador, fundándose en que la desaparición de la cláusula expresada en el último párrafo del punto C de la escritura no requiere el consentimiento de los concedentes de la opción de compra. No queda afectada la esencia del contrato convenido entre las partes. Los artículos 605 del Código Civil, 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 4 y 7 del Reglamento amparan la inscripción solicitada y el contrato con opción de compra reflejado en la escritura notarial reúne los requisitos exigidos por el artículo 14 del citado Reglamento, y como el Registrador reconoce en su informe, desaparecido el pacto comisorio se está ante una «verdadera y propia opción de compra».

## VII

El señor Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que tanto el escrito de interposición del recurso como el auto que lo acoge reconocen la existencia de un vicio en el pacto de comiso, pero consideran que renunciada por una de las partes la inscripción de ese pacto, el defecto ha de entenderse inoperante, que a juicio del Registrador dicho pacto es meramente personal e inoponible a terceros, por lo que, de acuerdo con el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario, debería prescindirse de él en la eventual ins-

cripción, sin ser necesario para ello el consentimiento de ninguno de los interesados; y si se alega como defecto que obsta a la inscripción es porque se le atribuye un efecto viciante de todo el contrato, según las razones expuestas en el informe. Que no se admite que el consentir que la inscripción se haga sin un pacto que de cualquier forma no debiera ser inscrito, suponga desaparición del pacto comisorio.

## Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 4.1.º, 1.196 a 1.202, 1.297, 1.859 y 1.884 del Código Civil; 14 del Reglamento Hipotecario, las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1985 y 25 de octubre de 1986 y las Resoluciones de este Centro de 10 de junio de 1986 y 2 de octubre de 1987.

Primero.—La cuestión primordial que plantea este expediente consiste en determinar si es inscribible una escritura de opción de compra —en la que se conviene en una de sus cláusulas «que el optante podrá satisfacer en todo o en parte el precio de adquisición, por vía de compensación de los créditos que en el momento de ejercitar la opción ostente contra los concedentes»— dado que esta cláusula podría encubrir un pacto comisorio prohibido por la legislación civil.

Segundo.—Es indudable que el pacto comisorio configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima voluntad 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 —artículo 4.º 1.º del Código Civil—, 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.

Tercero.—Afirmado lo anterior ha de examinarse ahora si en este supuesto concreto aparece claramente configurada una especie de garantía atípica, como expresión de la auténtica voluntad de las partes y que entraría dentro de la sanción legal de nulidad, o si de la lectura de la escritura calificada no resulta ello así, y pudiera —al menos mientras no se demuestre lo contrario, a través de la correspondiente impugnación— tratarse de un contrato típico de opción en el que se prevé la compensación prestada como una de las posibles formas de realización del pago, caso de su ejecución por el optante.

Cuarto.—En efecto, no hay que olvidar que la compensación es una de las formas de pago recogidas en nuestro Código Civil sin que pueda atribuírsele —siempre que reúna todos los requisitos legales— otros efectos distintos a los que el propio Código prevé —artículo 1.202— y todo ello sin que obste a la posibilidad de que a través de este mecanismo pueda haberse configurado un negocio fraudulento, que exigiría, en el caso de que así hubiera ocurrido, la justificación en el procedimiento judicial adecuado.

Quinto.—Por último, y dentro de este punto, es de tener en cuenta el principio de buena fe, esencial en nuestro sistema jurídico, que exige para apreciar el carácter fraudulento de un negocio bien la intencionalidad subjetiva de burlar una norma o bien la producción de un resultado antijurídico, y ello ni resulta del texto de los documentos presentados ni puede ser apreciado por el Registrador, dada la limitación de los medios calificadores de que dispone (vid. artículo 18 de la Ley Hipotecaria).

Sexto.—En segundo lugar se ha planteado también en este recurso, la cuestión de haberse denegado por el funcionario calificador la inscripción del derecho de opción sin la cláusula de compensación, tal como lo habría solicitado —en base al artículo 434 del Reglamento Hipotecario— el optante, y en este aspecto hay que entender correcta la actuación del Registrador dada la incidencia que según su calificación había conferido a la cláusula mencionada dentro del contexto de todo el contrato, con el efecto de entender éste totalmente viciado.

Séptimo.—Ahora bien, que el pacto de compensación no permita al Registrador denegar la inscripción de la total operación realizada no implica que pueda ser inscrito juntamente con el derecho de opción al que acompaña. No sólo resulta innecesario por cuanto el efecto solutorio de la compensación está proclamado por el legislador, sino que carece de trascendencia real, pues al atribuírse ésta al derecho de opción —lo que justifica su inscripción—, el pago del precio, en caso de ejercicio, deberá abonarse a quien en ese momento ostente la propiedad del bien afecto, y sólo respecto de él y no del concedente —si ya no es propietario— podría operar la compensación.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 8 de abril de 1991.—El Director general, Antonio Pau Pedrón.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cataluña.