

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2504 *Resolución de 17 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Cartagena n.º 3, por la que se deniega la inscripción de una escritura de opción de compra, con pacto de arras y condición resolutoria del derecho de opción.*

En el recurso interpuesto por doña P. M. M., en nombre y representación de la sociedad «Agilitas Desarrollo y Promociones Inmobiliarias, SL», contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Cartagena número 3, doña María del Carmen García-Villalba Guillamón, por la que se deniega la inscripción de una escritura de opción de compra, con pacto de arras y condición resolutoria del derecho de opción.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 23 de junio de 2021 por el notario de Torre Pacheco, don Juan Isidro Gancedo del Pino, la mercantil «Your House Servicios Inmobiliarios de Cartagena, SL» concedió una opción de compra sobre una finca a favor de la sociedad «Agilitas Desarrollo y Promociones Inmobiliarias, SL», a cambio del pago de una prima de 20.000 euros, y se pactaba como precio para el caso del ejercicio de la opción de compra, de 140.000 euros, de los que se hacía un anticipo del precio final de compra de 85.000 euros; se pactaba que los 20.000 euros serían arras penitenciales de manera que, en caso de no ejercitar la compra, quedarían en poder de la entidad concedente, que a su vez, si «la concedente encontrara, en el plazo que a tal efecto se acuerda, un comprador que ofreciera precio superior, se le permite dejar sin efecto la presente opción de compra, mediante la condición resolutoria de la misma, que deberá ser cumplida en los términos literalmente (...)»; se pactaba para la opción una duración de 18 meses, «esto es, hasta el día veinticinco de diciembre de dos mil veintidós incluido, pudiendo Agilitas Desarrollo y Promociones Inmobiliarias SL –la beneficiaria de la opción– ejercitar la misma entre el día veintiséis de junio de dos mil veintidós y el día veinticinco de diciembre de dos mil veintidós, este inclusive»; se daba eficacia jurídico real a la opción constituida y se solicitaba la inscripción en el Registro de la Propiedad «solicitando además que se practique dicha inscripción con transcripción literal, en los términos del artículo 51.6.ª RH, de la condición resolutoria impuesta para el derecho de opción de compra»; en caso de ejercicio de la opción de compra, al precio de 140.000 euros se descontarían 20.000 euros y 85.000 euros anticipados antes; se establecía expresamente que, durante los primeros doce meses de duración de la opción, la misma no era ejercitable; se pactaba que la concedente podría, unilateralmente, dejar sin efecto la opción de compra, si se cumplía la condición resolutoria de la opción, consistente en que, antes del día 26 de junio de 2022, la concedente otorgase una escritura donde manifestase su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción, con la devolución del doble de la cantidad señalada como arras más las restantes cantidades percibidas en concepto de anticipo del precio de la compraventa.

II

Presentada el día 23 de junio de 2021 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Cartagena número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«I. Hechos:

1.º El documento calificado es copia de escritura otorgada en Torre Pacheco el día 23 de junio de 2021 ante el Notario don Juan Isidro Gancedo del Pino, número 1219 de protocolo, presentada bajo el asiento 1.315 del Diario 31.

2.º Es copia de escritura de “opción de compra, con pacto de arras y condición resolutoria del derecho de opción”.

3.º En el documento calificado, la mercantil Your House Servicios Inmobiliarios de Cartagena, Sociedad Limitada, dueña de la finca 12.433 de la sección 1.ª, concede una opción de compra sobre la finca a favor de Agilitas Desarrollo y Promociones Inmobiliarias, SL, a cambio del pago de una prima.

4.º Se pacta que la opción tiene una duración de 18 meses, hasta el día 25 de diciembre de 2022 incluido, pudiendo la beneficiaria de la opción ejercitarla entre el día 26 de junio de 2022 y el día 25 de diciembre de 2022. Se establece expresamente que durante los primeros doce meses de vida de la opción la misma no es ejercitable. Se pacta que la concedente podrá dejar sin efecto la opción de compra, si se cumple la condición resolutoria de la opción consistente en que antes del día 26 de junio de 2022 la concedente otorgue una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción, con la devolución del doble de la cantidad señalada como arras más las restantes cantidades percibidas en concepto de anticipo del precio de la compraventa.

II. Fundamentos de Derecho:

1.º El derecho de opción tal como ha sido configurado en el documento calificado no resulta inscribible al amparo de lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

La legislación hipotecaria admite la inscripción de ciertos derechos comúnmente considerados como personales, o cuya naturaleza personal o real es discutida, pero cuyo acceso registral, expresamente se admite, adquiriendo con ello eficacia frente a terceros, entre ellos, el derecho de opción. En virtud del contrato de opción, una de las partes concede a la otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no del contrato principal de compraventa, siendo definido el derecho de opción por la doctrina más autorizada como el derecho que faculta a una persona para que, a su arbitrio y dentro de un tiempo máximo pactado, pueda decidir acerca del perfeccionamiento de un contrato principal (generalmente de compraventa) frente a otra persona (llamada cedente o concedente), que queda vinculada a soportar los resultados de dicha libre decisión del titular del derecho de opción. En este sentido, señala la antes denominada Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 26 de enero de 2015, lo siguiente: “La jurisprudencia define el contrato de opción como aquél en el que una parte concede a la otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato, que ha de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1987 y de 1 de diciembre de 1992)”.

Es admisible que, respetando el plazo máximo de duración de cuatro años, se pacte que el derecho de opción sólo podrá ejercitarse dentro de un periodo determinado dentro de los cuatro años. No puede confundirse el plazo de duración de la opción con el plazo de ejercicio de la misma, plazo de ejercicio cuya fijación, siempre respetando el tope del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, queda en el ámbito de la autonomía de la voluntad, principal fuente del derecho de opción. En este sentido, la Resolución de la antes denominada Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 2017 señala que “En cuanto a la posibilidad de constituir un derecho de opción con una duración determinada y que el derecho potestativo no pueda ejercitarse desde la inicial constitución sino en un momento posterior, sin sobrepasar el plazo de los cuatro años que señala el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, no debe confundirse la duración del derecho con el tiempo hábil para su ejercicio, siempre que esa diferenciación no sirva para constituir, sin otro interés, una reserva de rango o una

fraudulenta prolongación del plazo de duración del derecho para eludir un límite legal, como el del reiterado artículo 14 del Reglamento Hipotecario”.

Aun cuando, de acuerdo con lo expuesto, sea posible que existiendo el derecho de opción desde el momento de la celebración del contrato, se pacte que su ejercicio sólo pueda ejercitarse en un periodo inferior al de la duración del derecho, en el supuesto comprendido en el documento calificado, no nos encontramos propiamente ante la concesión de un derecho de opción que nazca al tiempo de la celebración del contrato, sometido a condición resolutoria, ya que no se otorga al beneficiario de la opción una facultad que haya de ser mantenida por el concedente durante el plazo pactado. El contrato de opción es un contrato sui generis, con propia sustantividad o causa por el que una de las partes hace en favor de la otra una oferta “irrevocable” referida a un contrato final, válida durante un cierto plazo. Así pues, el concedente queda vinculado al contrato proyectado y el optante adquiere el derecho preferente a decidir sobre su efectiva conclusión. Es un contrato esencialmente especulativo, como después se expondrá.

Someter la opción concedida a la denominada por las partes condición resolutoria, en los términos en que consta en el documento calificado, es contradictorio con la propia naturaleza jurídica de la opción de la que deriva que el concedente u optatario quede ya vinculado al posible ejercicio de aquélla por el optante durante el plazo prefijado para ello. Además, la denominada condición resolutoria que se pacta en el documento calificado, en realidad no es tal, por las siguientes razones: permite al concedente por su sola voluntad dejar sin efecto el contrato, en contra de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil y la existencia del derecho durante el plazo pactado depende de la exclusiva voluntad del concedente, ya que basta con que otorgue una escritura en que manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho, no pudiendo admitirse condiciones puramente potestativas ni otorgar un determinado rango registral a un derecho cuya efectividad depende de la mera voluntad del concedente.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1995 en su Fundamento Jurídico tercero señala que la opción de compra “consiste en conceder al optante la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractual señalado a la oferta de venta que, por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción, oportunamente, se extingue y queda consumado y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, ya que basta para la perfección de la compraventa con el optante, que se le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción”. Añaden las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1995 y 16 de octubre de 1997 en sus Fundamentos Jurídicos segundo y primero, respectivamente, que “debe entenderse como tal aquel convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones.

En relación con lo dicho, en cuanto a las denominadas en el documento calificado “arras” –figura regulada en el Código Civil para el contrato de compraventa propiamente dicho–, que en el documento calificado coinciden con el precio de la opción, resulta que la pérdida de la prima o precio de la opción –que, en caso de ejercicio del derecho formaría parte del precio de la venta– por el optante que no quiera ejercer la opción se considera un efecto natural del contrato de opción, típicamente especulativo (aun cuando la falta de ejercicio de la opción en el plazo pactado no produce un incumplimiento contractual sino la extinción del derecho): se ejerce la opción si el precio del bien ha subido en el momento del ejercicio con respecto del de la contratación; no se ejercita en caso contrario, y el riesgo para ambas partes se mitiga con la pérdida de la prima por el optante (que a cambio no recibirá un bien infravalorado) y con la ganancia de la prima para el optatario (que a cambio se queda con el bien). En cambio, la previsión de que el optatario haya de devolver la cantidad duplicada en caso de cumplimiento de la condición resolutoria no es admisible por ser contradictoria tal resolución y, en

consecuencia, la previsión acerca de las denominadas arras, con la propia naturaleza de la opción, al permitir que no haya de mantenerse durante el plazo estipulado.

2.º Para el caso de no estimarse el defecto anterior, siendo la fecha de otorgamiento de la escritura el día 23 de junio de 2021, al pactarse una duración de la opción de 18 meses, no resulta congruente que se fije como fecha final el día 25 de diciembre de 2022, de acuerdo con el cómputo legal de plazos establecido en el artículo 5 del Código Civil.

3.º Se deniega el acceso registral de lo siguiente: apoderamientos, lo establecido para el caso de falta de entrega de la posesión, las cláusulas, octava a undécima, todo ello por falta de trascendencia real.

En virtud de lo expuesto, acuerdo el día 9 de agosto de 2021 denegar la inscripción solicitada por el defecto insubsanable indicado en el número 1.º de los Fundamentos de Derecho, concurriendo además el defecto señalado en el número 2.º, que se califica de subsanable, denegándose el acceso registral de lo expresado en el número 3.º.

Contra el presente fallo del registrador los interesados podrán (...)

En Cartagena, a nueve de agosto de dos mil veintiuno. La registradora Fdo.: María del Carmen García-Villalba Guillamón.»

III

Solicitada el día 1 de septiembre de 2021 calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de Alcantarilla, doña Ana María Pagán Pérez, quien, con fecha 24 de septiembre de 2021 confirmó la calificación de la registradora de la Propiedad de Cartagena número 3 en los siguientes términos:

«Doña Ana María Pagán Pérez, registradora de la Propiedad de Alcantarilla, circunscripción territorial del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y en el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, tengo a bien exponer:

a. Que a las 10:32 horas del día treinta y uno de agosto de dos mil veintiuno se recibió en el Registro de la que soy titular, un correo electrónico cuyo remitente es "Servicio Intranet Cuadro de Sustituciones" en el que se indica, en relación con el expediente "2021/401", que el Registro de la Propiedad de Alcantarilla es "Registro sustituto", del Registro de Cartagena número 3, por el motivo de calificación negativa de la escritura otorgada el día 23 de junio de 2021, ante el Notario don Juan Isidro Gancedo del Pino, protocolo 1.219, la cual motivó el asiento de presentación 1.315 del Diario 31 ese Registro.

b. Que con fecha uno de septiembre de dos mil veintiuno, se presentó por don D. D. C. copia autorizada de la escritura de referencia, en la que consta la correspondiente nota de calificación firmada por doña María del Carmen García-Villalba Guillamón, Registradora de la Propiedad de Cartagena número 3 con fecha 23 de agosto de 2.021, a cuya documentación le ha correspondido el número 3.601/2021 del Libro de entrada de este Registro.

c. Que el mismo día uno de septiembre, a través de la Intranet, se procedió a confirmar la calificación sustitutoria así como a cumplimentar la fecha de iniciación del procedimiento; además con la misma fecha por correo electrónico se notificó al Registro sustituido la recepción de la documentación objeto de calificación y al mismo tiempo se solicitó de dicho Registro la información registral completa necesaria para el adecuado ejercicio de la función calificadora, ello en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 19 bis de la Ley Hipotecaria y 6 del Real Decreto 1.039/2003, de 1 de agosto.

d. Que con fecha dos del presente mes de septiembre tuvo entrada en este Registro, por telefax y cuyo remitente es el Registro de la Propiedad de Cartagena número 3 la información registral necesaria a fin de proceder a la calificación.

En virtud de lo expuesto, examinada la documentación aportada y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 18 y 19.bis de la Ley Hipotecaria y en el Real Decreto 1.039/2003, de 1 de agosto,

Resuelvo:

Confirmar íntegramente la calificación de 23 de agosto pasado de la Registradora la Propiedad de Cartagena número 3 doña María del Carmen García-Villalba Guillamón por los hechos y fundamentos de Derecho expuestos en la misma y además, en cuanto al primero de tales fundamentos, por lo siguiente:

Las partes configuran en la escritura un negocio, que titulan “opción de compra, con pacto de arras y condición resolutoria del derecho de opción”, cuyos elementos o hechos esenciales a los efectos de esta calificación son:

- Fijan el precio para la venta de la finca en 140.000 euros.
- Formalizan un contrato de opción de compra y establecen unas arras o señal por importe de 20.000 euros que si la optante desiste de comprar perderá y si la concedente opta por dejar sin efecto la opción de compra, en la forma y con los requisitos que luego se dirá, deberá devolverlas duplicadas.
- Fijan como precio de la opción la cantidad de 20.000 euros, que se descontarán del precio de la venta de consumarse ésta, atribuyéndosele además a esa cantidad en la estipulación segunda el carácter de arras o señal.
- Y a la vez, la optante entrega a la concedente 85.000 euros en concepto de anticipo del precio de la compraventa.
- El plazo de la opción de compra es de 18 meses, hasta el 25 de diciembre de 2022, si bien la optante no puede ejercitar la opción durante los primeros 12 meses, es decir, que sólo la puede ejercer entre el 26 de junio y el 25 de diciembre de 2022.
- De ejercitarse la opción de compra se descontará del precio fijado (140.000 euros) los 20.000 euros del precio de la opción, los 85.000 euros del anticipo, así como otras cantidades indeterminadas que no ofrecen interés a los efectos de esta calificación.
- En la estipulación quinta pactan que en el supuesto de que a la optante no le interese ejercitar la opción de compra, la concedente debe restituir los anticipos recibidos; del mismo modo si la concedente deja sin efecto la opción por medio de la condición resolutoria, que ahora se verá, deberá devolver en ese mismo acto las cantidades establecidas, cuyo pago solo podrá quedar aplazado si ambas partes se pusieran previamente de acuerdo en la constitución de una hipoteca inmobiliaria sobre la finca u otras propiedad de la concedente en garantía de la restitución de esas mismas cantidades.
- Se pacta en la estipulación sexta una condición resolutoria del derecho de opción de compra consistente en que, durante el primer año, la concedente podrá dejar sin efecto la opción si otorga una escritura pública donde manifieste su voluntad en tal sentido y, simultáneamente, “en ese mismo acto, devuelva duplicada en su totalidad la cantidad a la que se ha dado el concepto de arras en la estipulación segunda veinte mil euros (20.000,00 euros), más las restantes cantidades que de acuerdo con esta escritura se le hubieran entregado en concepto de anticipo del precio de la compraventa (que dado el primer anticipo realizado en este acto ascenderán a un mínimo de ciento cinco mil euros (105.000,00 euros))”.

Hay que destacar que en esta estipulación sexta se produce una duplicación de cantidades pues por un lado hay que devolver las arras dobladas, esto es, 40.000 euros y por otro se añaden los anticipos que siendo solo 85.000 euros, aquí se afirma que son 105.000 que, sumados a los 40.000 de las arras, ascienden a 145.000; lo cual solo puede explicarse si se pretende que los 20.000 euros iniciales actúen unas veces como precio de la opción, otras como arras penitenciales y otras, además, como anticipo del precio.

– Finalmente, y a los efectos de esta calificación, señalar que en la estipulación primera las partes solicitan al Registro de la Propiedad que la inscripción se practique con transcripción literal, en los términos del artículo 51.6.^a del Reglamento Hipotecario, de la condición resolutoria impuesta para el derecho de opción de compra en la estipulación sexta.

Y siendo los fundamentos de Derecho de la presente calificación los siguientes:

De lo expuesto resulta que las partes han pactado una opción de compra que se pretende que tenga eficacia frente a terceros, ya que se solicita su inscripción, pero que no se puede ejercitar durante el primer año del plazo señalado, pues durante este primer año la concedente puede desactivarla siempre que así lo manifieste en escritura pública y satisfaga el monto total de las cantidades entregadas por la optante, más la cuantía doblada de las arras y otras indeterminadas y acaso confusas, como antes se ha dicho, es decir, entregando como mínimo 20.000 euros, más otros 20.000, más 85.000 o 105.000, en total 125.000 o 145.000 euros, pues este punto no queda suficientemente claro en la escritura calificada.

A este respecto la Registradora abajo firmante aprecia en el negocio configurado por las partes la existencia de un pacto comisorio con relación al cual cabe señalar que su prohibición no queda circunscrita a los contratos de garantía típicos, sino también a los negocios indirectos que persigan la misma finalidad, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de abril de 2001.

Resulta patente, pues, que la no devolución por la concedente de las cantidades entregadas por la optante y las otras antes señaladas determinará que esta pueda ejercitar la opción, es decir, que la garantía de que la optante va a recuperar tales cantidades está totalmente cubierta con el derecho de opción de compra, asegurándose con la inscripción su protección frente a terceros y su rango frente a otros posibles acreedores. Y este carácter de garantía del derecho de opción queda plenamente confirmado con lo pactado en la estipulación quinta sobre que, si la concedente pretende dejar sin efecto la opción, únicamente podrá aplazar el pago, si ambas partes se ponen de acuerdo en la constitución de una hipoteca inmobiliaria en garantía de la restitución de dichas cantidades.

En tal sentido la hoy denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en resoluciones de 21 y 22 de febrero de 2013 entre otras, tiene señalados los elementos configuradores del pacto comisorio, prohibido por los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil, a propósito de una opción en pago de deuda, que se exponen a continuación en cuanto son aplicables al negocio calificado, y que son los siguientes:

a) El pacto comisario surge cuando el acreedor se reserva el derecho de apropiarse de una cosa dada en garantía, para el caso de que se incumpla la obligación garantizada.

b) Al emanar de una norma imperativa, la prohibición no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, como antes se ha expuesto, sino que también resulta aplicable a toda suerte de negocios jurídicos (ya sean indirectos, simulados o fiduciarios, simples o complejos) que persigan fines de garantía.

c) Y el comiso prohibido es el que se conviene ex-ante, pues la razón de ser de su prohibición es asegurar la conmutatividad del contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor. De ahí que la necesidad de desactivar el pacto, cuando más se pone de relieve, es cuando nace coetáneamente con la obligación a cuya suerte se liga su efectividad. Por eso tradicionalmente se admitió, si bien con cautelas, la introducción de esta facultad comisaria si se efectuaba con posterioridad al nacimiento de la obligación que se garantizaba, mediante el denominado pacto ex intervalo (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980 y 16 de mayo de 2000).

Hechas estas consideraciones, la Dirección General se ocupa de examinar el supuesto de hecho en que un deudor concedía a su acreedor un derecho de opción de

dación en pago de deuda. Y llega a la conclusión de que cae dentro de la prohibición del pacto comisario por, además de otro motivo no aplicable al supuesto objeto de la presente calificación, los siguientes:

a) Aunque se dice que la deuda está vencida, se concede un aplazamiento de su pago, durante el cual la deuda no es exigible y por tanto la función de garantía de la opción es evidente pues se mantiene la deuda como no exigible y, durante ese tiempo, la entidad acreedora cuenta con la garantía de la opción que todavía no puede ejercitar o consumir, pero sí hacerla valer como derecho preferente frente a cualquier otro derecho que pueda constituir en ese tiempo el dueño de las fincas.

b) Y si el deudor paga antes del comienzo del nuevo vencimiento concedido la opción queda extinguida, mientras que, si no paga, es cuando se activa la opción. Funciona pues la opción como garantía del pago ya desde el principio, aunque su ejercicio se difiera a un momento posterior.

Pues bien, para la Registradora que suscribe esos dos motivos señalados por la Dirección General, para supuestos muy semejantes al aquí examinado, se dan en este por lo siguiente:

– En cuanto al indicado con la letra a), por la existencia de un anticipo del precio al tiempo de formalizarse el negocio jurídico, esto es, la deuda nace en el mismo momento en que se constituye la opción, pero no es exigible dado que se establece un plazo para su devolución.

– Y en cuanto al señalado con la letra b), porque si la concedente devuelve el anticipo en el plazo y con las demás cantidades acordadas, la opción deviene ineficaz, pero si no lo hace se activa dicha opción y es entonces cuando esta puede desplegar todos sus efectos.

Por tanto, la existencia del anticipo y la incardinación del mismo en una condición resolutoria puramente potestativa en el plazo y en los términos que resultan de la estipulación sexta, determinan que el derecho de opción pase a realizar una función de garantía e implicar por ello un pacto comisario prohibido en nuestro derecho.

Resulta evidente para la Registradora que suscribe la conexión de los defectos señalados por la Registradora sustituida respecto de la llamada condición resolutoria en el Fundamento de Derecho 1.º de su calificación, con la función de garantía de la opción de compra y su efecto de pacto comisario, pues es el carácter puramente potestativo atribuido a la condición resolutoria el que permite a la concedente activar o no la existencia y eficacia de la opción.

Lo mismo cabe decir respecto de la cantidad de 20.000 euros entregada inicialmente por la optante pues, además de tener según los casos y como antes se ha dicho una triple función, es obvio que, cuando tal cantidad actúa como arras penitenciales, puede apreciarse su carácter de compensación por las cantidades anticipadas, lo que pone de relieve la existencia de una deuda que debe satisfacerse con un rendimiento económico para la optante y por ello su conexión con la función de garantía de derecho de opción que, como antes se ha dicho, se transforma en un pacto comisario y por tanto no susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad.

De lo expuesto se desprende que se han utilizado determinadas figuras jurídicas cuales son la condición resolutoria, las arras penitenciales y la opción de compra, a las que se les ha añadido cláusulas y pactos que, en conjunto, desvirtúan su auténtica naturaleza y función, todo ello por las razones y en los términos expuestos en la presente calificación y en la que es objeto de calificación sustitutoria.

Por todo lo cual, la Registradora abajo firmante, de conformidad con los artículos arriba citados y los artículos 1.859, 1.884 y 6.3 y 6.4 del Código Civil, resuelve confirmar íntegramente la calificación de la Registradora de la Propiedad de Cartagena número 3, respecto de la que se ha solicitado calificación sustitutoria.

Alcantarilla, a 24 de septiembre de 2021.–La registradora (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora).»

IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña P. M. M., en nombre y representación de la sociedad «Agilias Desarrollo y Promociones Inmobiliarias, SL», interpuso recurso el día 22 de octubre de 2021 mediante escrito en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«Motivos de la impugnación.

I. (...)

A) Desnaturalización del contrato de opción de compra por hacer depender el cumplimiento de la condición resolutoria de la sola voluntad del concedente de la opción.

Sobre este punto, no queda lugar a duda de que las partes en el contrato han pactado una opción de compra sobre un inmueble, encontrándose claramente definidos los elementos de la misma referentes a prima, duración y precio de ejercicio.

Son correctas sin duda las definiciones sobre el contrato de opción reflejadas en la jurisprudencia del TS y resoluciones de la anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado, que se mencionan en la calificación, con la salvedad, no tomada en cuenta por la registradora, de que explican solamente lo que se considera un contrato de opción “simple”, o en terminología anglosajona “plain vanilla option”.

En ningún momento prohíben la doctrina o la jurisprudencia acuerdos que configuren una relación contractual que esté basada igualmente en la opción, pero en una versión más sofisticada de esta figura jurídica, que en terminología anglosajona se denomina de manera general “exotic option”. Se hace referencia a la terminología anglosajona al ser la utilizada habitualmente en todos los idiomas en referencia a la complejidad, o falta de la misma, en un contrato de opción.

La complejidad adicional contenida en el acuerdo al que llegaron las partes no desnaturaliza por tanto el contrato de opción de compra, al concurrir de manera clara como parte del acuerdo los elementos principales de la misma, que son la prima, la duración y el precio de ejercicio.

B) Con relación a que el contrato celebrado deja su cumplimiento al arbitrio de uno solo de los contratantes, en este caso del concedente, vulnerando ello el artículo 1.256 del Código Civil.

B.1) Sobre este punto, no nos parece admisible que el cumplimiento del contrato se esté dejando al arbitrio de uno sólo de los contratantes. En este sentido, hemos de recordar que el artículo 1.255 del Código Civil reconoce el principio de la autonomía de la voluntad en nuestro derecho contractual. Para el caso que nos atañe, el contrato ha sido pactado con las cláusulas, pactos y condiciones que han deseado las partes, es decir, que “Agilias Desarrollo y Promociones Inmobiliarias, SL” no ha dejado que el cumplimiento del contrato quede a merced de la decisión unilateral de la concedente, “Your House Servicios Inmobiliarios de Cartagena, SL”, sino que precisamente la primera permite que la segunda obtenga, en su caso, un mejor precio por la vivienda 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 aquí pactada no es una condición puramente potestativa para el concedente, puesto que no depende de su pura y única voluntad, sino que requiere, entre otros pactos, de la entrega del importe de la prima de la opción por duplicado y de la formalización en escritura pública antes de la fecha en que “Agilias Desarrollo Y Promociones Inmobiliarias, SL” pueda ejercitar la opción de compra.

Es claro que en el contrato precisamente se ha pactado que en su cumplimiento se observen dos fases distintas: una primera, durante la cual la concedente puede intentar encontrar un tercero que ofrezca un precio superior al precio de ejercicio pactado, y una

segunda, durante la cual la optante podrá ejercitar libremente su derecho de opción, debiendo cumplir la concedente con lo estipulado. De estas dos fases, cabe concluir que no es correcta la apreciación de la condición resolutoria en el sentido de que se deja a su capricho o decisión el cumplimiento del contrato, por el contrario, se estipulan dos fases que llevan anejos derechos y obligaciones tanto para concedente como para el beneficiario u optante.

Pero, es más, la interpretación que realiza el Registro en su función calificadoras, es demasiado tajante, y no acorde con la interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial del artículo 1256 del Código Civil. Se califica la condición resolutoria pactada, como una condición puramente potestativa o rigurosamente potestativa, ya que, a su juicio, su cumplimiento depende la exclusiva voluntad del deudor siendo necesario realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, tenemos que poner en tela de juicio que, en el contrato de opción de compra, al concedente de la misma, se le deba dar la cualidad de deudor en la relación contractual que nace como consecuencia del contrato de opción, ya que, si partimos del indubitado carácter unilateral del mismo hasta el momento antes de su ejercicio, únicamente a partir de ese momento nacerán las obligaciones recíprocas intrínsecas a la compraventa.

Si parece indudable e indiscutible, que las partes de la opción, en un momento posterior al otorgamiento, pueden acordar una resolución del contrato, o el optante renunciar a la opción, debe quedar igualmente fuera de toda duda que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, puedan establecer una condición resolutoria que deje sin efecto la facultad de ejercicio concedida.

La Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 15/06/2016 (Recurso: 1334/2014; Resolución: 406/2016) ha consagrado la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad frente a la literalidad del precepto:

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

2.a) Ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal de dicho artículo (“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”), se ha sostenido autorizadamente, a la luz del comentario de García Goyena a su precedente, el artículo 979 del Proyecto del 1851 sin paralelo en la codificación decimonónica, que se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1,115.I del Código Civil, -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 del Código Civil 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 (arts. 1255 del Código Civil) 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 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.”

En segundo lugar, 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 en estrecha dependencia de motivos razonables. Se hace innecesario reiterar nuevamente las razones del establecimiento de la condición resolutoria en el contrato calificado, al haber quedado debidamente detalladas en el mismo y en el primer párrafo de este exponiendo B.1.

La Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 3 de diciembre de 1993 (Sentencia número 1139) incide en este sentido: “ciertamente la obligación potestativa pura hace nula la obligación que de ella depende de acuerdo con el primer apartado del artículo 1.115 del CC, en relación con el artículo 1.256, del 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, 6 de febrero de 1954 y 10 de diciembre de 1960) interpretando a sensu contrario el expresado artículo 1.115”

La anteriormente denominada Dirección general del Registro y del Notariado también insiste en esta interpretación restrictiva del precepto (artículo 1.115 del Código Civil en relación con el 1.256), resaltando “que rara vez se haya apreciado por la jurisprudencia la existencia de las primeras”, inclinándose 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.

En el mismo sentido Resoluciones de 13 de febrero de 1.999 y 25 de febrero de 1.994.

Queremos destacar la Resolución de la Dirección General de fecha 18 de mayo de 2.018, en el que, en un contexto jurídico diferente, sí que aborda la validez de una condición que tenía por objeto la mera transmisión de una 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, la condición resolutoria pactada depende de dos avatares: que la misma se ejercite en el plazo pactado, y en mejores condiciones económicas que las pactadas en el contrato de opción. 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.”

B.2) Estas consideraciones sobre el carácter de la condición, puestas en relación con lo prolijo de los pactos alcanzados en el contrato por los sujetos de la relación obligatoria, entendemos que deberían haber llevado a una calificación más prudente por parte del titular del Registro, y en caso de duda haber optado (dado que en ningún momento de la calificación se pone en tela de juicio la carencia de los requisitos exigidos para la inscripción del ejercicio de la opción, poniendo el énfasis de su razonamiento en la manifestación de voluntad resolutoria por el concedente, y las consecuencias resolutorias sobre la opción proyectada) por acordar la inscripción parcial conforme a lo solicitado en la escritura, postura que entendemos más acorde con a [sic] función calificadora de registro (artículo 18 de la ley hipotecaria).

C) Desnaturalización del contrato de opción de compra por el hecho de tener que devolver la concedente de la opción las arras por duplicado, de decidir la no celebración del contrato.

Señala la registradora del Registro de la Propiedad número 3 de Cartagena que la previsión de que el concedente haya de devolver el importe de la prima duplicado, en

caso de cumplimiento de la condición resolutoria, atribuyéndose por tanto a la prima calidad de arras penitenciales, desnaturaliza el contrato de opción de compra.

Como ya hemos mencionado anteriormente, 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 de la registradora en su calificación una exposición completa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho de opción de compra, que incluya la interpretación de este sobre la validez de los pactos más complejos basados en la figura jurídica de la opción.

Es particularmente relevante a este recurso la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo número 903/2.011, de 1 de diciembre, siendo ponente el Magistrado Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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 de Derecho Tercero, segundo párrafo 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 ejercerá la opción...') y en el párrafo segundo, la concedente ('...incumplimiento de compromiso contenido en el presente documento por causas imputables a la parte concedente...') imponiéndose una sanción al primero ('...la cedente retendrá la prima...') y al segundo ('...devolver la prima de la opción más otra cantidad igual en concepto de daños y perjuicios...'). No aparece causa alguna que permita dudar de su validez y no desnaturaliza el contenido típico de la opción, sino que impone una previsión y una sanción para una y otra de las partes.

El submotivo segundo denuncia infracción del artículo 1.454 del Código Civil y niega que la cláusula sexta, párrafo segundo, imponga unas arras penitenciales o de desistimiento. Estas son aquéllas que autorizan a las partes a desistir del contrato, perdiéndolas el futuro adquirente o devolviéndolas duplicadas el transmitente. Las contempla el Código civil en el mencionado artículo 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 2.002 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 necesidad, esencia de la obligación. En consecuencia, no se han infringido los artículos 1454, sino que se ha observado, ni los artículos 1256 y 1256 que se han cumplido. Ambos motivos, pues, se desestima”.

Por estos motivos, tampoco en el caso del presente recurso ha habido infracción de los artículos 1.255, 1.256 ni 1.454 del Código Civil, antes bien su total y fiel respeto. El hecho de haber pactado las partes libremente el establecimiento de una prima con carácter de arras penitenciales no desnaturaliza el contrato, no afecta a un elemento esencial y es consistente con la jurisprudencia mencionada.

D) Falta de congruencia en las fechas de otorgamiento de la escritura pública y las correlativas al desistimiento de la opción de compra, por el concedente, y de ejercicio del derecho de opción, por el optante.

Nada tenemos que decir al respecto, si bien tratándose de un defecto de cómputo de plazos, entendemos que se trataría de un defecto de carácter subsanable, para que

podamos recoger el documento y subsanar la falta durante la vigencia del asiento de presentación, conforme al artículo 19 de la Ley Hipotecaria.

Por lo que se refiere a la calificación sustitutoria de la registradora de la propiedad de Alcantarilla, y aun siendo concedores que únicamente puede ser objeto de recurso la calificación del registrador sustituido, en la calificación sustitutoria se confirma la calificación de la registradora sustituida, y se plantea el siguiente motivo de denegación adicional:

E) Apreciación de un pacto de *lex comisoría*. Resulta sorprendente la apreciación, de manera adicional a la primera calificación, de un pacto comisorio en la escritura por parte de la segunda registradora.

El exponiendo segundo del contrato expone de manera sucinta la motivación del mismo: la decisión tomada por el concedente de vender el inmueble, la voluntad del optante de adquirir una opción de compra sobre el mismo a un precio de venta acordado, poniendo en riesgo el importe de una prima 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 encontrara un mejor comprador, y en recibir una parte del precio de ejercicio de manera inmediata. No existe por tanto ningún elemento objetivo que muestre en el espíritu de la transacción la existencia de un pacto comisorio.

Es claro por tanto que el optante arriesga en la transacción el importe entregado como prima, y que no hay obligatoriedad en el ejercicio de la opción, que depende tanto del nivel general de precios del mercado inmobiliario y del nivel específico de precios del edificio y vivienda en particular que se grava. De hecho, como medida de ayuda en la toma de decisión sobre el ejercicio de la opción, se acuerda la estipulación séptima del contrato: "Dado el periodo de dieciocho (18) meses de duración del derecho de opción y ser el precio de ejercicio fijo durante el periodo, ante las posibles variaciones de precio de mercado durante el mismo, y para poder tener suficiente información contrastada sobre el valor del inmueble al final del periodo, las partes acuerdan que se realice una tasación del inmueble en el mes de abril de 2.022, si "Agilitas Desarrollo y Promociones Inmobiliarias, SL" lo solicitara, para tomar así una decisión mejor informada en cuanto al ejercicio del derecho de opción de compra...".

No existe por tanto la garantía a la que hace referencia la segunda registradora de que la optante "...va a recuperar tales cantidades...", estando la prima sujeta a los riesgos anteriormente indicados, más aún ante una situación de incertidumbre como la que vivimos actualmente por la existencia del estado de alarma y la pandemia del Covid-19.

La doctrina y resoluciones de la hoy denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y fe Pública referenciadas por la registradora 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 caso que nos ocupa. El anticipo del precio surge como parte del acuerdo entre las partes, y no se configura simplemente una mayor prima en la opción por motivos económicos y de gestión de riesgo: la cantidad que se quiere arriesgar para el caso de no ejercicio son veinte mil euros (20.000 €), no ciento cinco mil (105.000 €), por lo tanto la diferencia entre ambos importes se entrega como anticipo del precio de ejercicio, un formato más conservador que la prima, y a la vez, siendo consciente de que en caso de no ejercicio no es necesariamente seguro que el concedente disponga del importe del anticipo listo para su devolución, se prevé la posibilidad de una extensión del plazo de entrega, siempre que el mismo esté garantizado con garantía hipotecaria (sobre la finca en cuestión u otra/s propiedad del concedente). El anticipo no devenga intereses durante la vida del contrato.

Vemos por tanto que existe un escenario totalmente factible en el cual, el optante, entrega un total de ciento cinco mil euros (105.000 €), pero decide no ejercer la opción pasados dieciocho (18) meses, y el concedente le devuelve ochenta y cinco mil euros (85.000 €). Durante un periodo de dieciocho (18) meses no se han recibido rendimientos en la inversión, y ésta ha resultado en la pérdida de veinte mil euros (20.000 €) (la

prima). 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.

A mayor abundamiento de lo explicado, el Sr. notario, con buen criterio, incluyó para mayor seguridad de las partes y transparencia, en la parte de la escritura destinada a reservas y advertencias legales, una específica al caso, reafirmando “que la causa del contrato es precisamente la referida en el expositivo II, y en ningún caso un negocio jurídico en garantía, proscrito en los arts. 1.859 y 1.884 del Código Civil, de lo que expresamente advierto a los comparecientes, que quedan informados e insisten en el otorgamiento.”

Para terminar, debemos mencionar que, en referencia a la Estipulación Sexta, la segunda registradora considera que se produce una duplicación de cantidades. Dicha duplicación no existe, la voluntad de las partes es que se produzca, en caso de resolución por el concedente durante los primeros doce (12) meses, la devolución duplicada de las arras más las cantidades entregadas en concepto de anticipo de precio, esto es cuarenta mil euros (40.000 €) más ochenta y cinco mil euros (85.000 €). Es cierto que la redacción no es meridianamente clara al respecto pues menciona entre paréntesis el importe de ciento cinco mil euros (105.000 €) que puede interpretarse como anticipo en su totalidad, lo cual debe considerarse un error y puede ser subsanado para evitar dudas al respecto. Dicho esto, el contexto del contrato y la mención detallada de la figura y del importe del anticipo, y su potencial necesidad de devolución, en las estipulaciones tercera y primera, y de nuevo en la estipulación quinta, no dejan lugar a duda en cuanto a la interpretación correcta del importe del anticipo y del importe de la prima.»

V

Mediante escrito, de fecha 4 de noviembre de 2021, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificada la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no se ha producido alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 10, 1115, 1255, 1256, 1258, 1273, 1449, 1690, 1859 y 1884 del Código Civil; 1, 9, 18, 19 bis y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 14 y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1902, 19 de mayo de 1982, 20 de mayo de 1986, 10 de junio de 1995, 18 de febrero, 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de mayo de 1998, 15 de junio de 1999, 26 de febrero y 26 de abril de 2001, 30 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 2 y 17 de febrero de 2006, 2 de julio de 2007, 21 de enero y 5 de junio de 2008, 20 de abril de 2009, 31 de marzo de 2011, 29 de mayo de 2014, 15 de junio de 2016 y 21 de febrero de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 28 de febrero y 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 10 de enero de 2001, 15 y 19 de febrero de 2002, 22 de julio de 2004, 20 de noviembre de 2006, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 12 de mayo de 2010, 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, 28 de junio de 2014, 6 de julio de 2015, 19 de febrero, 30 de mayo y 14 de julio de 2016, 18 de mayo, 4 de octubre y 26 de diciembre de 2018, 22 de abril y 22 de julio 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 y 21 de julio de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de opción de compra, con pacto de arras y condición resolutoria del derecho de opción, en la que concurren las circunstancias siguientes: la escritura se otorga el día 23 de junio de 2021;

una sociedad concede una opción de compra sobre una finca a favor de otra sociedad, a cambio del pago de una prima de 20.000 euros y se pacta como precio para el caso del ejercicio de la opción de compra, el de 140.000 euros, de los que se hace un anticipo del precio final de compra, de 85.000 euros; se pacta que los 20.000 euros sean arras penitenciales de manera que en caso de no ejercitar la compra, quedarán en poder de la entidad concedente; que si «la concedente encontrara, en el plazo que a tal efecto se acuerda, un comprador que ofreciera precio superior, se le permite dejar sin efecto la presente opción de compra, mediante la condición resolutoria de la misma, que deberá ser cumplida en los términos literalmente en la presente escritura (...)»; se pacta para la opción una duración de dieciocho meses, «esto es, hasta el día veinticinco de diciembre de dos mil veintidós incluido, pudiendo Agilitas Desarrollo y Promociones Inmobiliarias SL –la beneficiaria de la opción– ejercitar la misma entre el día veintiséis de junio de dos mil veintidós y el día veinticinco de diciembre de dos mil veintidós, este inclusive»; se da eficacia jurídico real a la opción constituida y se solicita la inscripción en el Registro «solicitando además que se practique dicha inscripción con transcripción literal, en los términos del artículo 51.6.^a RH, de la condición resolutoria impuesta para el derecho de opción de compra»; en caso de ejercicio de la opción de compra, al precio de 140.000 euros se descontarán 20.000 euros y 85.000 euros anticipados antes; se establece expresamente que durante los primeros doce meses de vida de la opción, la misma no es ejercitable; se pacta que la concedente podrá dejar sin efecto la opción de compra, si se cumple la condición resolutoria de la opción, consistente en que antes del día 26 de junio de 2022 la concedente otorgue una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción, con la devolución del doble de la cantidad señalada como arras más las restantes cantidades percibidas en concepto de anticipo del precio de la compraventa.

La registradora señala tres defectos de los cuales solo se recurre el primero de ellos: que no estamos propiamente ante la concesión de un derecho de opción que nazca al tiempo de la celebración del contrato, sometido a condición resolutoria, ya que no se otorga al beneficiario de la opción una facultad que haya de ser mantenida por el concedente durante el plazo pactado. Se fundamenta en que permite al concedente por su sola voluntad dejar sin efecto el contrato, en contra de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil y la existencia del derecho durante el plazo pactado depende de la exclusiva voluntad del concedente, ya que basta con que otorgue una escritura en que manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho.

La recurrente alega lo siguiente: que se trata de un contrato con acuerdos que configuran una relación contractual basada en la opción, pero en una versión más sofisticada de esta figura jurídica y por tanto compleja; que la complejidad adicional contenida en el acuerdo no desnaturaliza el contrato de opción de compra, al concurrir de manera clara los elementos principales que son la prima, la duración y el precio de ejercicio; que la condición resolutoria pactada no es una condición puramente potestativa para el concedente, puesto que no depende de su pura y única voluntad, sino que requiere de la entrega del importe de la prima de la opción por duplicado y de la formalización en escritura pública antes de la fecha en que se pueda ejercitar la opción de compra; que se observan dos fases distintas, una primera, durante la cual la concedente puede intentar encontrar un tercero que ofrezca un precio superior al precio de ejercicio pactado, y una segunda, durante la cual la optante podrá ejercitar libremente su derecho de opción, debiendo cumplir la concedente con lo estipulado; que las partes de la opción, en un momento posterior al otorgamiento, pueden acordar una resolución del contrato, o el optante renunciar a la opción, por lo que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden establecer una condición resolutoria que deje sin efecto la facultad de ejercicio concedida; que es 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; que en definitiva, el hecho de haber pactado las partes libremente el

establecimiento de una prima con carácter de arras penitenciales no desnaturaliza el contrato, ni afecta a un elemento esencial.

2. Como cuestión previa, en cuanto el alcance y efectos de la calificación sustitutoria, es preciso aclarar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido.

La intervención del registrador sustituto debe limitarse a confirmar o revocar la nota de calificación y en este último caso, y si la revocación es total, debe acompañar el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse el asiento (cfr. artículo 19 bis.3.ª de la Ley Hipotecaria).

La opción del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria en su párrafo cuarto se concede a los interesados en dos supuestos: en primer lugar, cuando el registrador no haya calificado dentro de plazo, en que lógicamente no cabe recurso contra una calificación no realizada, y, en segundo lugar, cuando el interesado opte por el cuadro de sustituciones ante una calificación registral negativa. El interesado «podrá recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien instar la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 de la Ley». Tanto el citado artículo 19 bis, como el artículo 6 del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto, señalan que éstos podrán solicitar la intervención del registrador sustituto mediante la aportación a éste del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria o de su original que tendrá derecho a retirar del registro donde se hubiera presentado.

El párrafo 2 del apartado 5 del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria dispone que: «en la calificación el Registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que solicita su intervención». Aun cuando se utilice el término relativo a la motivación, si, conforme a lo expuesto anteriormente, se entiende que la calificación sustitutoria no es un recurso sino una segunda calificación, el significado de dicho término debe interpretarse en el sentido de que los interesados deberán manifestar respecto a cuales de los defectos de los contenidos en la nota de calificación deberá pronunciarse el registrador sustituto, máxime cuando la calificación sustitutoria deberá ajustarse a los defectos observados en la nota de calificación del registrador sustituido. Si el desacuerdo es respecto a la total nota de calificación debe bastar para ello con expresar genéricamente dicha discrepancia.

De ello se desprende que, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de subsanación de los defectos o en su caso para que pueda proceder a la interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante esta Dirección General, el cual deberá limitarse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad –cfr. artículo 19 bis.5.ª de la Ley Hipotecaria– (Resoluciones de 28 de junio de 2014, 19 de febrero y 30 de mayo de 2016, 4 de octubre de 2018 y 22 de abril y 22 de julio de 2019).

En el presente caso, la registradora sustituta ha confirmado la calificación de la registradora sustituida, pero ha añadido un defecto nuevo –que el negocio constituye un pacto comisorio– por lo que, la presente Resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación de la registradora sustituida en cuanto exclusivamente a los defectos señalados en la misma, única legalmente recurrible.

3. Entrando ya en el fondo del asunto, y limitado el recurso al único defecto recurrido de la calificación sustituida, la registradora objeta que no estamos propiamente ante la concesión de un derecho de opción, ya que, sometida a condición resolutoria, no se otorga al beneficiario de la opción una facultad que haya de ser mantenida por el

concedente durante el plazo pactado. En definitiva, entiende la registradora que se permite al concedente por su sola voluntad dejar sin efecto el contrato, por lo que la existencia del derecho durante el plazo pactado depende de la exclusiva voluntad del concedente, ya que basta con que otorgue una escritura en que manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho para su extinción.

La registradora sostiene que este contrato conculca lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil. Según este precepto legal, «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Y conforme al artículo 1115 del Código Civil, «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».

Cabe recordar que la propia literalidad de ambas normas 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).

La condición que tiene por objeto la mera transmisión de una finca sin más matizaciones puede considerarse que depende en exclusiva de la voluntad del deudor, lo que supone dejar a su arbitrio la venta, lo que viene proscrito por lo dispuesto en los artículos 1256 y 1258 y es una condición puramente potestativa que está sancionada con la nulidad prevista en el artículo 1115 del Código Civil, dado que en esta clase de condiciones suspensivas falta el elemento necesario de incertidumbre no dependiente de la voluntad de uno de los contratantes. Por lo tanto, no se estaría en el ámbito de las denominadas condiciones «simplemente potestativas», las cuales dependen en parte de la voluntad del contratante, pero también de la producción de un hecho incierto o avatar externo o de la voluntad de la otra parte contratante (Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Tercera, sentencia número 177/2015, de 6 julio).

En la Resolución de este Centro Directivo, de 18 de mayo de 2018 —que alega la recurrente—, se consideró —con cita de la referida sentencia número 177/2015, de 6 julio— que, en el caso analizado (cancelación de hipoteca supeditada a que la finca hipoteca fuera sea transmitida a un tercero en un plazo máximo de tres meses, por el precio mínimo especificado, y se acreditara el medio de pago utilizado), «la fijación de un plazo (breve) y un precio concreto para efectuar la transmisión determina que 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».

4. En el presente supuesto, se trata de determinar si la condición a la que se somete la opción de compra es puramente potestativa, o por el contrario no es invalidante porque «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».

Para resolver la concreta cuestión planteada, hay que comenzar afirmando (como ha reiterado este Centro Directivo —cfr., por todas, la Resolución de 21 de julio de 2021) que el artículo 1256 del Código Civil ciertamente ha planteado no pocas dudas interpretativas que, precisamente, no han ayudado a aclarar su verdadero sentido. Así y en relación con

la validez del contrato en sentido estricto, no han faltado autores que han concluido que lo que tal precepto legal prohíbe es que se remita a la voluntad de una de las partes una modificación del régimen legal de la nulidad y en general de la ineficacia contractual.

Y si del campo de la validez se pasa al de la determinabilidad de algunos de los elementos del contrato, tal cuestión, como ha puesto de relieve la más moderna doctrina, lo que puede plantear son problemas de abuso o de parcialidad en su fijación, pese a estar firmemente vinculadas las partes por el contrato, aunque tales posibles abusos o parcialidad son materias perfectamente susceptibles de ser controladas –y limitadas– «ex post»; esto es, en fase ulterior al cumplimiento. Con todo, no hay que olvidar que la posible indeterminación debe de ser analizada con sumo cuidado, pues una cosa es que la determinación de un elemento objetivo del contrato -no definido- quede a la voluntad unilateral y arbitraria de una de las partes, y otra bien distinta es que esa previsión, en orden a una concreción ulterior de la determinabilidad, se base en el acuerdo de aquellas.

Bien es cierto que en sede del Código Civil existe una cierta aversión hacia la indeterminación de lo que puedan considerarse como elementos objetivos del contrato, citándose en tal sentido el texto de artículos como el 1449, 1690, párrafo segundo, 1115 (condición meramente protestativa) y, por supuesto, el 1256. Pero no lo es menos que el derecho comparado y las más recientes codificaciones se orientan en un sentido que ha sido calificado como «superación del mito del tabú de la determinación del objeto y del precio» y del «tabú del arbitrio de parte»; de modo que, modernamente, la insistencia en la determinación de los elementos objetivos del contrato y singularmente del precio, así como la aversión a su determinación unilateral han disminuido muy notablemente, desvaneciéndose para algunos autores en términos prácticos.

Y esa tendencia no solo es una realidad a la vista del derecho comparado (cabe citar en ese sentido, por ejemplo, la reforma, del año 2017, de los artículos 1164 y 1165 del «Code» francés); o de Convenios internacionales (como sucede, por ejemplo, con los artículos 14.1 y 55 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980 y en vigor en España desde el 1 de agosto de 1991), que consideran admisible que el precio pueda determinarse sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes. Es que recientes codificaciones realizadas en nuestro ordenamiento jurídico, como ocurre por ejemplo el Libro VI del Código civil catalán, siguen estas modernas tendencias, de lo que es claro ejemplo el artículo 621-5.2 del Código Civil de Cataluña, a cuyo tenor: «Si el contrato establece que el precio sea determinado por una de las partes o por terceros, solo es posible oponerse a la determinación manifiestamente no razonable o hecha fuera del plazo pactado o adecuado dadas las circunstancias».

Por lo que se refiere a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, es evidente una visión correctora de la rigurosa literalidad del precepto, habiendo afirmado, por ejemplo, la Sentencia de 15 de junio de 2016 lo siguiente: «(...) Ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal de dicho artículo (“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”), se ha sostenido autorizadamente, a la luz del comentario de García Goyena a su precedente, el artículo 979 del Proyecto del 1851 sin paralelo en la codificación decimonónica, que se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1115.I CC –nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa–, procedente de textos del Digesto referidos a las obligaciones nacidas de stipulatio (por consiguiente, con un solo acreedor y un solo deudor). No expresaría, así, sino el principio lógico de que, en frase del propio García Goyena, “quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles”. En cualquier caso, con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código: si “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”, no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad (...)».

En la Sentencia de 29 de mayo de 2014, se afirma que el presupuesto de la determinabilidad «se considera cumplido tanto si el objeto se encuentra determinado en todos sus extremos, como si su concreción se produce conforme a criterios de determinabilidad que operen dicho resultado sin necesidad de subsanación o de la realización de un nuevo convenio a tal efecto (STS 11 de abril de 2013, número 221/2013)».

Y para la Sentencia del Alto Tribunal de 31 de marzo de 2011: «El artículo 1256 CC es una consecuencia lógica del artículo 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato. En definitiva, se trata de una norma que no tiene carácter absoluto, porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos (Ver SSTs de 9 enero 1995, 27 febrero 1997, 4 diciembre 1998)».

5. A la vista de esta jurisprudencia y doctrina, en el concreto supuesto de este expediente es cierto que el concedente puede unilateralmente dejar sin efecto la opción de compra, si antes del día 26 de junio de 2022 otorga una escritura donde manifieste su voluntad de dejar sin efecto el derecho de opción, lo que, de tratarse de este trámite solo, abocaría a concluir que se trataría de una condición puramente potestativa. Pero no es esta la única actuación que debe realizar, ya que, además de lo demás pactado en los términos antes expuestos, debe ir acompañada de la devolución del doble de la cantidad señalada como arras, –que también ha hecho función de precio de la opción– y, además, las restantes cantidades percibidas en concepto de anticipo del precio de la compraventa, lo que hace que, como alega la recurrente, estemos ante un negocio complejo. Así pues, habiendo obligaciones recíprocas intrínsecas a la compraventa y no pudiendo ninguno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad sino cumpliendo determinadas exigencias –en un caso, las derivadas del ejercicio de la opción de compra y en el otro, el otorgamiento de la escritura y la devolución del doble de la cantidad entregada como prima– debe concluirse que la condición no es puramente potestativa.

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, 17 de enero de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.