

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

21973 *Resolución de 18 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Totana, por la que suspende la inscripción de una escritura de permuta y condición resolutoria.*

En el recurso interpuesto por don J.G.T.M., en nombre y representación de Arquímedes Capital, SL, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Totana don José Miguel Coll Rodríguez, por la que suspende la inscripción de una escritura de permuta y condición resolutoria.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 29 de diciembre de 2021 por el notario de Totana, don Patricio Chamorro Gómez, se otorgaba por las entidades Totana Media 89, SL, y don P. J. M. R., por un lado, y Arquímedes Capital, SL, por otro, permuta de varias fincas, de manera que los primeros permutaban fincas por valor de 159.000 euros, y la segunda por valor de 353.000 euros; como consecuencia, había una diferencia de valor de 194.000 euros, por lo que se pactaban unas entregas a las que quedaría obligada Totana Media 89, SL del siguiente modo: 75.000 euros mediante pagaré de fecha 5 de junio de 2020; 119.000 euros mediante 59 mensualidades de 2.000 euros cada una de ellas y una última de 3.000 euros, desde el día 5 de enero de 2022 hasta el día 5 de noviembre de 2026; como garantía se pacta lo siguiente: «Condición resolutoria con pérdida total de lo entregado. La falta de pago, a su vencimiento, de una cantidad equivalente a la de al menos dieciocho (18) cuotas aplazadas, ya sea consecutivas o alternas, correspondientes a la cantidad aplazada por importe de ciento diecinueve mil euros (119.000,00 €) faculta a la mercantil Arquímedes Capital, SL, por pactarse expresamente condición resolutoria explícita, para dar por resuelta la presente operación, recuperando Arquímedes Capital, SL, la finca transmitida en el estado en que se encuentre, con pérdida por parte de la mercantil Totana Media 89, SL, de las cantidades abonadas hasta dicho momento, así como de los bienes ya entregados en la presente escritura, ya sea por dicha sociedad, como por don P. J. M. R. a cuenta de ella, en concepto de daños y perjuicios y pena convencional que se pacta para este concreto caso de incumplimiento. Ejercicio. Acumulada una deuda vencida cuyo importe sea al menos el equivalente a dieciocho (18) cuotas, ya sean consecutivas o alternas, sin que se hubiese hecho efectivo el pago de las mismas, podrá la mercantil Arquímedes Capital, SL, ejercitar esta condición resolutoria, haciendo suyas las cantidades recibidas con anterioridad, en su totalidad, así como los bienes ya recibidos en el presente contrato, en concepto de daños y perjuicios y pena convencional. Para proceder a la resolución y obtener la reinscripción a favor de la mercantil Arquímedes Capital, SL, esta deberá cumplir los siguientes requisitos: 1.º Presentar el título de adquisición. 2.º Notificar judicial o notarialmente a la parte deudora la resolución de la permuta por falta de pago de la cantidad aplazada, en los términos establecidos en esta escritura. 3.º Que la parte compradora consienta expresamente o, al menos, no se oponga a la resolución de la venta invocando que falta algún presupuesto de la misma». Habida cuenta de que las partes pactan expresamente la pérdida de la totalidad de las cantidades satisfechas por parte de la mercantil Totana Media 89, SL, así como los bienes ya entregados, tanto por dicha mercantil como por don P. J. M. R., en caso de ejercicio de la condición resolutoria por parte de la mercantil Arquímedes Capital, SL, no será necesario hacer ninguna

consignación previa de cantidad por haberse pactado precisamente para este caso de incumplimiento, esto es, el impago de las dieciocho cuotas indicadas. Las partes aclaran que no procede la consignación de las cantidades previstas en el art. 175 del Reglamento Hipotecario por no tener nada que abonar la mercantil Totana Media 89, SL a la mercantil Arquímedes Capital, SL en el caso de la resolución pactada, y por tratarse de una cláusula penal en garantía de un concreto incumplimiento y por tanto no está sujeto a moderación de los tribunales de conformidad con lo establecido en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias número 341/2020, de 23 de junio, así como las números 325/2019, de 6 de junio, 57/2020, de 28 enero, de 19 de febrero y 29 de diciembre de 2009, 17 de enero de 2012 y 13 de septiembre de 2016 entre otras). A mayor abundamiento, la mercantil Totana Media 89, SL., que no tiene la condición de consumidor, renuncia expresamente a la moderación de la cláusula penal prevista en el artículo 1.154 del Código Civil en uso de su autonomía de voluntad y así haberlo pactado libremente con la vendedora, no considerando desproporcionada la pena impuesta, renunciando, de forma expresa e irrevocable, a cualquier reclamación judicial o extrajudicial orientada a excluir la aplicación de la cláusula penal o a obtener una minoración o retraso».

II

Presentada el día 8 de marzo de 2023 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Totana, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El precedente documento, que fue presentado el día 8 de marzo de 2023, causando el asiento 118 del Diario 178, tras examinar los antecedentes del Registro, ha sido objeto de calificación negativa, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

1. En la presente escritura, la mercantil Totana Media 89, SL, por una parte y Arquímedes Capital, SL, y don P. J. M. R., por la otra, pactan la permuta de una serie de fincas registrales.
2. Entre las fincas permutadas existe una diferencia de valor de 194.000 euros a favor de Arquímedes Capital, SL, la cantidad de 75.000 se satisface mediante cheque, quedando el pago los 119.000 euros restantes aplazado y garantizado con condición resolutoria.
3. Para el caso que tenga lugar la resolución, las partes pactan que la mercantil acreedora se quede con las cantidades ya percibidas a modo de cláusula penal, sin que haya lugar a consignación, al haber renunciado Totana Media 89, SL, a la posibilidad de moderación judicial prevista en el artículo 1.154 CC, posibilidad admitida por la jurisprudencia del TS y la doctrina de la DG siempre que no nos encontremos entre consumidores.
4. Ahora bien, también acuerdan las partes de que en caso de incumplimiento todos los bienes quedarán en poder de Arquímedes Capital, SL, tanto las fincas que ha recibido en permuta, como la finca que entregó a cambio. Este último punto, en los términos pactados, no puede acceder al registro, por ser contrario a la esencia de la resolución que supone tornar las cosas al estado en que se encontraban antes de celebrar el negocio y, además, porque nos encontramos ante la figura del pacto comisorio prohibido por los arts. 1859 y 1884 CC.

Fundamentos de Derecho:

Vistos los artículos 6, 1255, 1256, 1859, 1884 CC, RDGSJFP de 26 de diciembre de 2018, 21 de julio de 2021, 10 de marzo de 2022.

– El Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de

los bienes dados en garantía por el deudor. Como afirmó la resolución de 8 de abril de 1991: “el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía”. El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (STS 5 de junio de 2008, entre otras) que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquéllos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

– Según las Resoluciones de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013: “la prohibición de pacto comisorio tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar, se destaca que su ratio descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía, reciban una valoración muy inferior a la real o que, en todo caso, tengan un valor superior a la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar el *ius distraendi*, protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto comisorio plantea problemas respecto a los titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del *ius distraendi*, en que está prevista la suerte de los mismos”.

– Más recientemente puede observarse una doctrina favorable (rrdgsjfp de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020) a la admisión de aquellos pactos que permiten un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de la deuda. Por lo que podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto al pacto en cuestión. Se admite, pues, el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración objetivo que excluya la posible situación de abuso para el deudor (por ejemplo, el pacto marciano recogido en el Digesto, que permite al acreedor poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio).

– En cualquier caso, para poder admitir la validez de dichos pactos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes. Pues bien, del estudio de las estipulaciones contenidas en la escritura podemos concluir que no se dan las circunstancias que permiten eludir la prohibición. Se pacta que, en caso de incumplimiento, el acreedor pueda instar la resolución del contrato (dudoso, toda vez que es de esencia de estas el tornar las cosas al estado que antes tenían, lo cual no sucedería en este caso) reteniendo en su poder tanto las fincas dadas como la recibida en permuta y las cantidades ya entregadas a cuenta del pago de la deuda. Esa retención, además, se hace en concepto de cláusula penal, sin que en ningún momento tenga una finalidad solutoria, quedando el deudor debiendo pagar las cantidades no abonadas. En ningún momento, se establece un procedimiento objetivo de valoración de las fincas permutadas que permita, llegado el caso de la resolución, determinar si el valor de las mismas excede del importe de la deuda de modo que el exceso pueda ser entregado al deudor o, en su caso, a los terceros titulares de derechos sobre la finca. En definitiva, tal y como está configurado el ejercicio de la facultad resolutoria, está claro que la operación carece de el necesario carácter conmutativo, produciéndose un enriquecimiento injusto para el acreedor que todo se queda, una situación absolutamente

desfavorable para el deudor, que no solo pierde la propiedad de las fincas permutadas si no que queda debiendo la cantidad no pagada y, por último, sin salvaguardar los intereses de posibles terceros que podrían verse afectados por la resolución.

Vistos los expresados hechos y fundamentos de Derecho resuelvo suspender la práctica de las operaciones registrales solicitadas en tanto no se acuerde una forma de garantía del precio aplazado de entre las legalmente previstas o, que al menos, por haberse establecido procedimientos de valoración objetivos respete el equilibrio contractual entre las partes y los intereses de los terceros.

La referida calificación negativa lleva consigo la prórroga automática del asiento de presentación por un plazo de sesenta días de conformidad con lo establecido en el artículo 323, 1 de la Ley Hipotecaria.

No se ha tomado anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada (artículos 65 y siguientes de la Ley Hipotecaria).

Contra la presente calificación (...)

Totana, 5 de mayo de 2023. El Registrador (firma ilegible), Fdo.: José Miguel Coll Rodríguez.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. G. T. M., en nombre y representación de Arquímedes Capital, SL, interpuso recurso el día 16 de junio de 2023 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«De acuerdo con el artículo 12 de la Ley Hipotecaria (Real Decreto de 8 de febrero de 1946), se establece que las cláusulas resolutorias deberán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad a terceros. Sin embargo, el artículo 11 del mismo cuerpo legal señala que la falta de inscripción de dichas cláusulas no afecta su validez entre las partes del contrato.

En opinión de esta parte, la calificación del registrador que se recurre no es ajustada a Derecho ya que contradice la doctrina favorable de esta Dirección (entre otras, en sus resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020) que admiten estos pactos libremente pactados por las partes siempre que permitan, tal y como sucede en el presente caso, un equilibrio entre los intereses de las partes. Así, en la escritura pública objeto de calificación, se recoge una operación mercantil de carácter compleja entre la mercantil Totana Media 89, SL y Arquímedes Capital SL y don P. J. M. R., de otra, y que se articula a través de una serie de permutas sobre la base de la situación legal y comercial de esas fincas.

A la vista de lo anterior, no parece ajustado a Derecho la presunción de fraude en la que se fundamenta la calificación recurrida. Dado que el acuerdo alcanzado fue en base a la valoración de las fincas permutadas realizada libremente por las partes contratantes. Y que, además, resulta totalmente equilibrado y ajustado a la libertad de las partes contratantes. Por ello, y en particular, a la vista de lo previsto en el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario, se solicita la revisión de la calificación recurrida y la inscripción de la referida cláusula.»

IV

Mediante escrito, el Registrador 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, 1449, 1256, 1273, 1690. 1859 y 1884 del Código Civil; 1, 9, 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; el Convenio relativo a garantías

internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001; el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (especialmente, artículos sexto, undécimo, duodécimo y decimotercero); los artículos 16.2, apartados c) y e), de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles; 14 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 sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 12/2019, de 18 de febrero, y 16/2019, 28 de febrero; 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, 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, 19 de febrero de 2002, 20 de noviembre de 2006, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 20 de julio, 20 de septiembre, y 21 de octubre de 2012, 14, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 19 de mayo y 14 de julio de 2016, 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021 y 10 de marzo y 13 y 18 de julio de 2022.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de permuta y condición resolutoria en la que concurren los hechos relevantes y circunstancias siguientes:

– Por la escritura, de fecha 29 de diciembre de 2021, la entidad Arquímedes Capital, SL, transmite, en permuta, determinada finca a la sociedad Totana Media 89, SL, y, en contraprestación, esta última sociedad y don P. J. M. R., por cuenta de dicha mercantil, sin perjuicio de la relación interna que surge entre ambas partes, transmiten a la mercantil Arquímedes Capital, SL, determinadas fincas.

– Como consecuencia hay una diferencia de valor de 194.000 euros, por lo que se pactan unas entregas a las que quedará obligada Totana Media 89, SL del siguiente modo: 75.000 euros mediante pagaré de 5 de junio de 2020; 119.000 euros mediante 59 mensualidades de 2.000 euros cada una de ellas y una última de 3.000 euros, desde el día 5 de enero de 2022 hasta el día 5 de noviembre de 2026; como garantía se pacta lo siguiente: «Condición resolutoria con pérdida total de lo entregado. La falta de pago, a su vencimiento, de una cantidad equivalente a la de al menos dieciocho (18) cuotas aplazadas, ya sea consecutivas o alternas, correspondientes a la cantidad aplazada por importe de ciento diecinueve mil euros (119.000,00 €) faculta a la mercantil Arquímedes Capital, SL, por pactarse expresamente condición resolutoria explícita, para dar por resuelta la presente operación, recuperando Arquímedes Capital, SL, la finca transmitida en el estado en que se encuentre, con pérdida por parte de la mercantil Totana Media 89, SL, de las cantidades abonadas hasta dicho momento, así como de los bienes ya entregados en la presente escritura, ya sea por dicha sociedad, como por don P. J. M. R. a cuenta de ella, en concepto de daños y perjuicios y pena convencional que se pacta para este concreto caso de incumplimiento. Ejercicio. Acumulada una deuda vencida cuyo importe sea al menos el equivalente a dieciocho (18) cuotas, ya sean consecutivas o alternas, sin que se hubiese hecho efectivo el pago de las mismas, podrá la mercantil Arquímedes Capital, SL, ejercitar esta condición resolutoria, haciendo suyas las cantidades recibidas con anterioridad, en su totalidad, así como los bienes ya recibidos en el presente contrato, en concepto de daños y perjuicios y pena convencional. Para proceder a la resolución y obtener la reinscripción a favor de la mercantil Arquímedes Capital, SL, esta deberá cumplir los siguientes requisitos: 1.º Presentar el título de

adquisición. 2.º Notificar judicial o notarialmente a la parte deudora la resolución de la permuta por falta de pago de la cantidad aplazada, en los términos establecidos en esta escritura. 3.º Que la parte compradora consienta expresamente o, al menos, no se oponga a la resolución de la venta invocando que falta algún presupuesto de la misma.» Habida cuenta de que las partes pactan expresamente la pérdida de la totalidad de las cantidades satisfechas por parte de la mercantil Totana Media 89, SL, así como los bienes ya entregados, tanto por dicha mercantil como por don P. J. M. R., en caso de ejercicio de la condición resolutoria por parte de la mercantil Arquímedes Capital, SL, no será necesario hacer ninguna consignación previa de cantidad por haberse pactado precisamente para este caso de incumplimiento, esto es, el impago de las dieciocho cuotas indicadas. Las partes aclaran que no procede la consignación de las cantidades previstas en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario por no tener nada que abonar la mercantil Totana Media 89, SL, a la mercantil Arquímedes Capital, SL en el caso de la resolución pactada, y por tratarse de una cláusula penal en garantía de un concreto incumplimiento y por tanto no está sujeto a moderación de los tribunales de conformidad con lo establecido en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias número 341/2020, de 23 de junio, así como las números 325/2019, de 6 de junio, 57/2020, de 28 enero, de 19 de febrero y 29 de diciembre de 2009, 17 de enero de 2012 y 13 de septiembre de 2016 entre otras). A mayor abundamiento, la mercantil Totana Media 89, SL, que no tiene la condición de consumidor, renuncia expresamente a la moderación de la cláusula penal prevista en el art. 1154 del Código Civil en uso de su autonomía de voluntad y así haberlo pactado libremente con la vendedora, no considerando desproporcionada la pena impuesta, renunciando, de forma expresa e irrevocable, a cualquier reclamación judicial o extrajudicial orientada a excluir la aplicación de la cláusula penal o a obtener una minoración o retraso».

El registrador señala que el pacto de que en caso de incumplimiento todos los bienes quedarán en poder del acreedor, tanto las fincas que ha recibido en permuta, como la finca que entregó a cambio, en los términos pactados, no puede acceder al Registro, por ser contrario a la esencia de la resolución que supone tornar las cosas al estado en que se encontraban antes de celebrar el negocio y, además, porque nos encontramos ante la figura del pacto comisorio prohibido.

El recurrente alega lo siguiente: que se admiten estos pactos libremente pactados por las partes siempre que permitan un equilibrio entre los intereses de las partes; que el acuerdo fue alcanzado con en base en la valoración de las fincas permutadas realizada libremente por las partes contratantes; y que resulta totalmente equilibrado y ajustado a la libertad de las partes contratantes.

2. En cuanto a la admisión del pacto de apropiación por el acreedor de las fincas recibidas y entregadas en permuta, cabe recordar que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (*vid.* las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero y 27 de octubre de 2020, así como otras citadas en los «Vistos» de la presente) que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (*vid.* artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil).

En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este centro directivo». El Tribunal Supremo, Sala Primera, ha declarado reiteradamente (*vid.* entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los

citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquéllos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

También este centro directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos. En este sentido, las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008 concluyeron que la opción de compra examinada se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de ésta), entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

Como se afirmó en las Resoluciones de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013, comúnmente se considera que la prohibición de pacto comisorio «tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar, se destaca que su ratio descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su *ius distraendi*, protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del *ius distrahendi*, en que está prevista la suerte de los mismos».

3. Hechas las anteriores consideraciones, no es menos cierto que, como ya admitió este centro directivo en las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero y 27 de octubre de 2020 (con criterio reiterado en las de 15 de marzo de 2021 y 10 de marzo de 2022, entre otras), deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello –se añade– podría admitirse tal pacto siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión.

En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. En apoyo de esta tesis se cita el denominado pacto marciano recogido en el Digesto [20,1,16,9]: «Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que, si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla (Marcian, ad form, hypoth)».

Por otra parte, es indudable que los sistemas ordinarios de ejecución de las garantías presentan cierta ineficiencia, por el tiempo y los costes del procedimiento y por la baja calidad que con frecuencia presentan las ofertas (como acredita el hecho de que la Ley, en muchos casos, se tenga que preocupar de garantizar al deudor la obtención de un valor mínimo, llegando a conformarse con el 60 % o el 70 % de esa tasación objetiva). Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico se van abriendo

nuevas vías de ejecución de las garantías o realización de los bienes objeto de éstas que resulten más eficientes.

A la hora de valorar esas nuevas formas de realización de los bienes sobre los que se constituye la garantía, cabe citar, por ejemplo, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, admite la constitución de garantías sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho dado en garantía o mediante una pignoración del mismo en la que se conceda al beneficiario de la garantía un derecho de apropiación o de disposición del objeto de aquélla, para compensar su valor o aplicar su importe al cumplimiento de las obligaciones financieras principales. Para poder hacerlo, bastará que tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta, en particular en cuanto a las primeras mediante el ajuste al valor actual de mercado de esos valores negociables aportados como garantías. Ello indica que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si esa valoración objetiva se ha producido. El Tribunal Supremo ha admitido en la ejecución de la prenda la aplicación de la compensación por parte de la entidad acreedora si es la depositaria del importe de que se trate, toda vez que, al referirse a valores dinerarios no hay riesgo de abuso para el deudor (cfr. Sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997 y 10 de marzo de 2004; y en un caso en que los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente –Bolsa de Nueva York–, la Sentencia de 24 de junio de 2010).

La Sentencia de 21 de febrero de 2017, respecto de un compromiso obligacional de los deudores hipotecarios otorgado a los fiadores en garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria, afirmó que son dos los presupuestos que caracterizan la aplicación de la figura del pacto comisorio: «En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor». Así, esta sentencia centra la inadmisión del pacto comisorio objeto del recurso en la inexistencia de un «procedimiento objetivable de valoración de la adquisición» (aparte otro problema, como era la ausencia de un mecanismo de restitución de los pagos ya realizados por el deudor), lo que da a entender que, de existir ese mecanismo de valoración objetiva del bien inmueble objeto de la garantía, el pacto podría haber sido admisible.

Como ha puesto de relieve también el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en las sentencias número 12/2019, de 18 de febrero, y 16/2019, 28 de febrero, en esta línea de preocupación por que los mecanismos legales de satisfacción del acreedor respeten el carácter conmutativo de las contraprestaciones -tal como perseguía el pacto marciano- se inscriben no solo la citada regulación contenida en el Real Decreto-ley 5/2005, sino también la regulación prevista a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, pues ésta faculta el acreedor para reclamar del deudor el pago de la deuda, advirtiéndole que si no lo hace se procederá contra el bien objeto del contrato, de forma que, si el deudor procede a la devolución de la posesión del bien, el acreedor puede optar por la adjudicación directa del bien en su favor en pago de la deuda sin necesidad de venderla en pública subasta. En este caso, el riesgo de un enriquecimiento injustificado se minimiza porque «la adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no impedirá la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan, si el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor, conforme a las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el

contrato, fuese inferior o superior a la deuda reclamada» –cfr. artículo 16.2, apartados c) y e).

Por otra parte, es indudable que, de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión, dadas las medidas tuitivas que respecto de los deudores y en relación con la ejecución de la hipoteca establecen normas imperativas como, entre otras, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ni la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Hipotecaria. Pero no es este el caso a que se refiere el presente recurso, en el que, como se manifiesta expresamente en la escritura calificada, las prestatarias (e hipotecante una de ellas) no la otorgan en modo alguno «en calidad de «consumidoras», toda vez que el dinero adeudado se destina en su totalidad al ejercicio de su actividad empresarial (en concreto, ambas son empresarias del sector de los supermercados)».

4. A la vista del referido estado de la cuestión –en los ámbitos doctrinal, jurisprudencial y también legislativo–, debe afirmarse que la prohibición del pacto comisorio pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía –cualquiera que haya sido la vía seguida– se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Cosa bien distinta es que, por imperativo de la doctrina de la continuada influencia de la causa o del principio del derecho que rechaza todo tipo de enriquecimiento injustificado, las circunstancias del caso revelen que la apropiación del bien gravado por parte del acreedor comporta un inadmisibles sacrificio patrimonial para el deudor, para el propietario del bien o para los dos.

El registrador entiende que el pacto es contrario a la esencia de la resolución que supone tornar las cosas al estado en que se encontraban antes de celebrar el negocio. Como ya se ha indicado, alega el recurrente el libre pacto y equilibrio de intereses entre las partes; que el acuerdo alcanzado tiene como base la valoración de las fincas permutadas realizada libremente por las partes contratantes; y que resulta totalmente equilibrado y ajustado a la libertad de las partes contratantes.

Analizando la estipulación antes transcrita, resulta que se retienen por el acreedor, tanto las fincas dadas como la recibida en permuta y las cantidades ya entregadas a cuenta del pago de la deuda, lo que de forma evidente determina que las cosas no tornan al estado en que se encontraban antes de celebrar el negocio. Además, como señala el registrador, de la cláusula resulta que la retención se hace en concepto de cláusula penal –«en concepto de daños y perjuicios y pena convencional»–, de manera que no tiene finalidad solutoria, por lo que aún debería pagar el deudor las cantidades no abonadas; esto comporta un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Por otra parte, a la vista de la doctrina y jurisprudencia expuesta, en la cláusula debatida, no se establece un procedimiento objetivo de valoración de las fincas permutadas que permita, llegado el caso de la resolución, determinar si el valor de las mismas excede del importe de la deuda de modo que el exceso pueda ser entregado al deudor o, en su caso, a los terceros titulares de derechos sobre la finca.

A la vista de la cláusula resolutoria y de los pactos de la misma, el acreedor se hace propietario de la totalidad de las fincas, con situación totalmente desfavorable para el deudor que pierde sus fincas y sigue debiendo la cantidad no pagada, de manera que se produce un enriquecimiento injusto por parte del acreedor, con el corolario de que la operación adolece de una falta absoluta de equilibrio entre las partes –conmutatividad. Además, no se protegen los derechos de posibles terceros afectados en el caso de producirse la resolución, dado que no hay referencia alguna al sobrante en orden a pagar a posibles acreedores posteriores.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar 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, 18 de septiembre de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago