

### III. OTRAS DISPOSICIONES

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

**20524** *Resolución de 22 de julio de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Marbella n.º 2 a inscribir la transmisión de una finca en ejercicio de un poder previamente conferido.*

En el recurso interpuesto por don Javier Máximo Juárez González, notario de Valencia, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Marbella número 2, doña Evangelina Calvo de Castro, a inscribir la transmisión de una finca en ejercicio de un poder previamente conferido.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 17 de julio de 2019 por el notario de Marbella, don Alberto Jesús Hinojosa Bolívar, con el número 2.015 de protocolo, don P. S. y su esposa, doña O. S., dueños de la finca registral número 59.263 del Registro de la Propiedad de Marbella número, constituyeron hipoteca sobre la misma a favor de don A. C. en garantía de un préstamo por importe de 530.839,53 euros y vencimiento a los seis meses (a contar desde dicho día 17 de julio de 2019). En la misma fecha, 17 de julio de 2019, y en escritura autorizada por el mismo notario, con el número 2.018 de su protocolo, los citados esposos don P. S. y doña O. S. apoderaban al citado acreedor, don A. C. («aunque incida en la figura jurídica de la autocontratación o haya contraposición de intereses»), para vender la citada finca, cobrar el precio y cancelar las garantías.

Mediante escritura de compraventa autorizada el día 24 de mayo de 2023 por el notario de Valencia, don Javier Máximo Juárez González, con el número 1.234 de protocolo, don A. C., haciendo uso del citado poder, adquiría por compra la expresada finca registral 59.263 por un precio (equivalente al importe del reseñado préstamo de 530.839,53 euros, que expresamente se decía se adeudaba en su totalidad), indicándose: «(...) Y dicha suma la retiene o reserva la parte compradora, con anuencia de la vendedora, para hacer el pago del préstamo hipotecario que grava la finca descrita en el expositivo adquirida, por el mismo importe, en la forma y condiciones pactadas en la escritura de constitución del mismo reseñada en el apartado cargas del expositivo, cuyo contenido íntegro manifiesta conocer y acepta; y asume la obligación personal garantizada con la hipoteca sobre dicho inmueble en los términos establecidos en la presente escritura. Al subrogarse Don A. C. en dicho préstamo, y coincidir acreedor y deudor en la misma persona, se solicita la cancelación de dicha hipoteca, por confusión de derechos».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Marbella número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Visto por Doña Evangelina Calvo de Castro, Registrador de la Propiedad de Marbella Número 2, Provincia de Málaga, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 1169/2024 del presente año, iniciado como consecuencia de

presentación en el mismo Registro, de los documentos que se dirán. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes:

#### Hechos

I. El documento objeto de la presente calificación, autorizado por el Notario de Valencia Don Javier Máximo Juárez González el día veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés, número 1.234 de protocolo, fue presentado a las diez horas y cincuenta y nueve minutos del día 6 de marzo del presente año, por Don P. M., Asiento número 1.151, Tomo 164 del Diario.

II. En dicho documento se han observado las siguientes circunstancias que han sido objeto de calificación desfavorable:

1. El 17 de julio de 2019 en escritura autorizada, por el Notario de esta ciudad Don Alberto Hinojosa Bolívar n.º 2.015 de su protocolo, Don P. S. y su esposa Doña O. S. dueños de la finca registral 59.263 constituyen hipoteca sobre la misma a favor de Don A. C., por importe de 530.839 euros y 53 céntimos.

2. En la misma fecha, 17 de julio de 2019, en escritura autorizada por el citado Notario, n.º 2018 de su protocolo, los citados esposos Don P. S. y Doña O. S. apoderan al citado acreedor, Don A. C. para vender la citada finca y, en su día, cobrar el precio y cancelar las garantías, aunque incida en la figura de la autocontratación o haya contraposición de intereses.

3. El día 24 de mayo de 2023 Don A. C., haciendo uso del citado poder, adquiere la expresada finca registral 59.263, por el mencionado importe del préstamo de 530.839 euros y 53 céntimos cuya cancelación solicita por confusión de derechos, en virtud de la citada escritura de compra autorizada por el Notario de Valencia Don Javier Máximo Juárez González el día veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés que es objeto de calificación.

A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes.

#### Fundamentos de Derecho.

I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el Registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución.

II. En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho II anterior, debe tenerse en consideración:

El apoderamiento concedido por los deudores a favor del acreedor hipotecario en los términos señalados, firmado a continuación de la escritura de constitución de hipoteca a favor del mismo, da lugar a una construcción que le permite al acreedor devenir propietario de la finca sin un procedimiento que asegure al deudor un precio objetivamente real o razonable, y que se asegure a futuros terceros la obtención del sobrante que, tras la adjudicación, pudiera existir.

Dicha práctica constituye un pacto comisorio, prohibido por los artículos 1.859 y 1.884 de nuestro Código Civil: Artículo 1859: El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas. Artículo 1884: El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

El fundamento de esta prohibición de pacto comisorio tiene rancio abolengo en nuestro Derecho y constituye doctrina jurisprudencial y registral permanente, pues su finalidad es impedir que el acreedor se apropie del bien en cuestión en pago de su

crédito, independientemente de la forma que se le dé, por lo que resulta aplicable a toda suerte de negocios jurídicos (ya sean indirectos, simulado o fiduciarios, simples o complejos o cualquier otro).

En este sentido se ha pronunciado en diversas ocasiones la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, como en la Resolución del 27 de octubre de 2020, en la que indica que “esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones 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”. La prohibición de pacto comisorio es doctrina reiterada de la Dirección General, como ponen de relieve, entre otras, las Resoluciones de 28 de enero de 2020, 26 de diciembre de 2018, 28 de noviembre de 2017, 20 de julio de 2012, 26 de noviembre de 2008, 26 de marzo de 1999, 30 de septiembre de 1998, 8 de abril de 1991 y 10 de marzo de 2022 entre otras.

Y nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 21 de febrero de 2017 señala, en su fallo, que “dos son los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura. En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor”.

En este contexto, debe señalarse que la prohibición de pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación resaltados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un resultado equivalente (STS 485/2000, de 16 de mayo).

Esto es lo que ocurre en el presente caso, en donde el apoderamiento concedido por los deudores a favor del acreedor hipotecario, firmado a continuación de la escritura de constitución de hipoteca a favor del mismo, que le permite al acreedor devenir propietario de la finca dada en garantía del derecho de hipoteca sin dicha compra esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición (con abstracción de su valor), reúne los presupuestos del pacto comisorio y, por tanto, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por la norma.

Formas de subsanación.

Rectificar en los términos expuestos.

En su virtud acuerdo:

Suspender, la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el Hecho II de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el Fundamento de Derecho II de la misma nota. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Pudiendo no obstante el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria.

Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días naturales contados desde esta fecha.

Contra la presente nota de calificación (...)

Marbella, a 22 de marzo de 2.024.–El Registrador (firma ilegible), Fdo: Evangelina Calvo de Castro.»

## III

Contra la anterior nota de calificación, don Javier Máximo Juárez González, notario de Valencia, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Marbella número 2, interpuso recurso el día 22 de abril de 2024 mediante escrito del siguiente tenor:

«(...) recurso potestativo ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública contra nota de calificación desfavorable emitida el 22 de marzo de 2024 por la Registradora del registro de la propiedad de Marbella dos, Doña Evangelina Calvo de Castro con relación al siguiente documento:

Escritura autorizada por el Notario recurrente el 24 de mayo de 2023 con el número de protocolo 1234, de compraventa presentada el 6 de marzo de 2024 que causó el asiento 1151, tomo 164 del Diario, procedimiento registral 1169/2024.

En síntesis, la calificación registral alega como defecto que subyace un pacto comisorio prohibido por el ordenamiento jurídico.

Se hace constar que este Notario no ha recibido a la fecha notificación de la calificación que se recurre, basándose la misma en copia de la notificación proporcionada por el presentante del documento, por lo que se considera se interpone en tiempo y forma.

A) El supuesto de hecho del documento objeto de calificación negativa.

(I) Escritura de compraventa de un inmueble sobre el que constan varias cargas, entre ellas, como segunda hipoteca, hipoteca en garantía de un préstamo a favor de una persona física.

(II) Dicha segunda hipoteca se formalizó el 17 de julio de 2019 y causó la inscripción 10.<sup>a</sup> el 16 de octubre de 2019, y con un vencimiento a los seis meses a contar desde el 17 de julio de 2019. Por tanto, a la fecha del otorgamiento de la escritura estaba vencida, según consta en la nota registral incorporada a la misma.

(III) En representación de la parte vendedora-deudora hipotecaria, comparece el propio acreedor hipotecario, especialmente facultado por poder especial notarial otorgado el 17 de julio de 2019, “aunque se incida en autocontratación o contraposición de intereses” para vender dicho inmueble con plena libertad de personas, precio, pactos y condiciones. En el poder no consta cláusula de irrevocabilidad,

(IV) Es comprador el propio acreedor hipotecario,

(V) Consta en el apartado cargas del expositivo reseña de dicha hipoteca con indicación de que esté pendiente completamente de pago, además de la reseña de las restantes cargas.

(V) El precio se fija en la total cantidad adeudada por principal de dicha hipoteca que es de 530.839,53 euros, superior al valor de referencia,

(VI) Y se satisface, según el otorgan primero de la escritura:

(...) “Y dicha suma la retiene o reserva la parte compradora, con anuencia de la vendedora, para hacer el pago del préstamo hipotecario que grava la finca descrita en el expositivo adquirida, por el mismo importe, en la forma y condiciones pactadas en la escritura de constitución del mismo reseñada en el apartado cargas del expositivo, cuyo contenido íntegro manifiesta conocer y acepta; y asume la obligación personal garantizada con la hipoteca sobre dicho inmueble en los términos establecidos en la presente escritura.

Al subrogarse don A. C. en dicho préstamo, y coincidir acreedor y deudor en la misma persona, se solicita la cancelación de dicha hipoteca, por confusión de derechos”

B) Fundamentos de Derecho.

1) Prohibición del pacto comisorio. Normativa aplicable. Elementos que configuran el alcance de la prohibición.

Artículo 1859 del CC: “El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”.

De acuerdo a la Resolución de la DGRN 28/1/2020, BOE 18/6/2020 (Fundamento de derecho 2, apartado b):

“Como reiteradamente tiene declarado este Centro Directivo, los elementos que configuran el alcance de esta prohibición serían los siguientes:

– El pacto comisorio surge cuando el acreedor se reserva el derecho de apropiarse de una cosa dada en garantía. Por tanto, constituye una exigencia su vinculación a una garantía real. Esta facultad de apropiación el Código la veta cuando se liga al incumplimiento de la obligación garantida; como pacto sobreañadido a una garantía real (artículo 1859 -que omite la proscripción expresa del pacto en contrario- y, más claramente, artículo 1884 del Código Civil), quizá porque altera un elemento sustancial de la garantía, como es que el ejercicio del ‘ius distraendi’ se canalice a través de uno de los procedimientos de ejecución legalmente previstos.

– Al emanar de una norma imperativa, la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a toda suerte de negocios jurídicos, ya sean indirectos, simulados o fiduciarios, simples o complejos, que persigan fines de garantía. Siempre que bajo estos esquemas contractuales se detecte una ‘causa garantiae’, se habrá de aplicar igualmente la norma prohibitiva del artículo 1859 del Código Civil, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla (cfr. artículo 6.4 del Código Civil, Resolución de 20 de julio de 2012 y Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000, 26 de abril de 2001 y 4 de diciembre de 2002), si bien esta nulidad, en principio, sólo afecta a la cláusula comisorio (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000)

– El comiso prohibido es el que se conviene ‘ex ante’. La ‘ratio’ de la prohibición no es sino asegurar, en los términos ya indicados, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevale de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución. 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 comisorio 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). Así, la Resolución de esta Dirección General de 20 de julio de 2012 no se refiere al supuesto en que la deuda esté vencida y sea líquida”,

2) La autorización notarial, calificación registral y la prohibición del pacto comisorio.

Se ha indicado anteriormente que: “la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a toda suerte de negocios jurídicos, ya sean indirectos, simulados o fiduciarios, simples o complejos, que persigan fines de garantía”.

Sin embargo, ni el Notario al autorizar una escritura que pueda encubrir un posible pacto comisorio, ni el registro al calificar la misma, salvo que el pacto comisorio sea patente, pueden aplicar una presunción no prevista en el ordenamiento jurídico respecto de pactos comisorios subyacentes. Ello solo puede ser apreciado en un procedimiento contradictorio por los órganos que ostentan la potestad jurisdiccional; es decir, los juzgados y tribunales.

Así el Fundamento de derecho 3 de la Resolución de la DGSJFP de 13 de julio de 2022 (BOE 2/8/2022) afirma: “también ha reiterado este Centro Directivo (vid., por todas, la citada Resolución de 28 de enero de 2020 para un caso similar), que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este

expediente, ni el Registrador, ni esta Dirección General, pueden -más que analizar-enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista clara y patente constatación, so capa de una pretendida obligación de impedir el acceso al Registro de títulos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisorio establecida por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil).

4) Supuestos habituales donde se plantea la posible incidencia de la prohibición de pacto comisorio.

- Contrato simulado de compraventa que encubre un contrato de préstamo con pacto comisorio encubierto, rechazando la existencia del mismo (sentencia TS de 4/2/2020, recurso 2830/2017).

- Compraventa con precio aplazado garantizado mediante pacto de reserva de dominio (Resolución de 28/11/2017), considerando que el pacto de reserva de dominio "per se" no supone de facto un pacto comisorio prohibido por el ordenamiento jurídico.

- Dación en pago de deuda por tercero con pacto de retro (Resolución de 24/9/2007), afirmando que no puede presumirse la existencia de pacto comisorio.

- Dación en pago previo reconocimiento de deuda sujeta a la condición suspensiva del impago en un mes. La Resolución de 20/7/2012, considera pacto comisorio pues cumple función de garantía.

- Dación en pago en que se pacta la posibilidad de recuperar la finca tras la dación en pago (Resolución de 5/9/2023), entendiéndose que no cabe presumir que nos encontremos ante una transmisión en garantía.

- Opción de compra, existiendo múltiples resoluciones que solo reconoce el pacto comisorio en contados casos en los que de los propios documentos presentados en el registro resulta diáfana la función de garantía (Resolución de 9/1/2024).

- Venta con pacto de retro y derecho de adquisición preferente (Resolución 19/2/2002), considerando que no concurren datos que puedan hacer concluir que existe tal función de garantía, por lo que, si no puede presumirse el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva, ni ésta aplicarse extensivamente, el defecto debe decaer.

- Permuta con suplemento a metálico con condición resolutoria en garantía del precio aplazado con pérdida total de lo entregado y recuperando, la finca transmitida, debiendo además el deudor pagar las cantidades no abonadas. (Resolución de 18/9/2023), considerando que del mismo documento resulta el pacto comisorio prohibido.

5) La escritura objeto de la calificación no encubre una función de garantía "ex ante" sino que cumple una finalidad solutoria.

En efecto, así resulta evidentemente de la escritura. La especialidad en que la parte vendedora-deudora hipotecaria está representada voluntariamente, mediante un poder especial notarial con juicio expreso de suficiencia y cláusula de admisión expresa de autocontratación por el acreedor hipotecario comprador.

Más ello no implica ningún negocio indirecto u oculto; ni siquiera, como se ha indicado en los hechos, consta en el poder que se le atribuya expresamente carácter irrevocable, por lo que en cualquier momento, desde su otorgamiento en el año 2019, la parte propietaria podría libremente haberlo revocado, destruyendo el presunto pacto comisorio por sí misma. Tal razón explicaría porque en la abundante doctrina de la DGRN/DGSJFP, no haya resoluciones sobre este [sic] supuestos, salvo error u omisión involuntaria.

Por lo demás, cumple una evidente función, no de garantía, sino solutoria de la deuda ya vencida desde hace años y al efecto es pertinente traer a colación la sentencia del TS ya citada de 4/2/2020, recurso 2830/2017, que concluye en su Fundamento de Derecho 2.2.

“Finalmente, no puede omitirse que en el presente caso no es solo que no haya llegado a probarse en grado de certeza suficiente la existencia del invocado pacto verbal de retroventa, sino que tampoco se puede vislumbrar en la secuencia negocia} descrita en los hechos la figura de la deuda garantizada, que para ser tal, en cuanto objeto de garantía por medio de una compraventa simulada, ha de ser una deuda no líquida, vencida y exigible en la fecha en que se constituye la garantía (mediante el negocio indirecto de la venta simulada), pues en caso de tratarse de una deuda líquida, vencida y exigible (como sucedía en el caso de la dación en pago objeto de la Resolución de DGRN de 20 de julio 2012) la transmisión del inmueble mediante la venta (o a través de una dación en pago) no puede tener una función de garantía sino una finalidad solutoria, Así se desprende también en el caso objeto de la presente Litis, en el que el importe de lo adeudado por razón de un que a la fecha de la compraventa estaba ya vencido, constituye por vía de retención o compensación (la escritura de forma técnicamente incorrecta habla de ‘confusión de derechos’) parte del pago del precio de la compraventa (prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida aliud pro alio con acuerdo para tener por extinguida la obligación)”.

Por todo lo expuesto,

C) Solicita.

Se estime el recurso interpuesto y se revoque la nota de calificación por ser procedente en derecho.»

#### IV

La registradora de la Propiedad mantuvo su calificación y, en unión de su preceptivo informe, remitió el expediente al Centro Directivo para su resolución.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 10, 1115, 1256, 1273, 1449, 1690, 1859 y 1884 del Código Civil; 1, 9, 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 14, 51 y 236 (en todos sus apartados) del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1902, 19 de mayo de 1982, 20 de mayo de 1986, 10 de junio de 1995, 18 de febrero, 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de mayo de 1998, 15 de junio de 1999, 26 de febrero y 26 de abril de 2001, 30 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 2 y 17 de febrero de 2006, 2 de julio de 2007, 21 de enero y 5 de junio de 2008, 20 de abril de 2009, 31 de marzo de 2011, 29 de mayo de 2014, 15 de junio de 2016 y 21 de febrero de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 25 de febrero y 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 13 de febrero y 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 10 de enero de 2001, 19 de febrero de 2002, 20 de noviembre de 2006, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 20 de julio, 20 de septiembre y 21 de octubre de 2012, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 14 de julio de 2016, 12 de enero de 2017, 26 de diciembre de 2018, 14 de mayo de 2019 y 28 de enero de 2020, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 10 de marzo, 11 de abril y 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero y 11 de junio de 2024.

1. Son hechos relevantes para la resolución del recurso los siguientes:

– Mediante escritura autorizada el día 17 de julio de 2019 por el notario de Marbella don, Alberto Jesús Hinojosa Bolívar, número 2.015 de su protocolo, don P. S. y su esposa, doña O. S., dueños de la finca registral 59.263, constituyeron hipoteca sobre la misma a favor de don A. C. en garantía de un préstamo de importe 530.839,53 euros y

vencimiento a los seis meses (a contar desde dicho 17 de julio de 2019). En la misma fecha, 17 de julio de 2019 y en escritura autorizada por el mismo notario, número 2018 de su protocolo, los citados esposos don P. S. y doña O. S. apoderaban al citado acreedor don A. C. («aunque incida en la figura jurídica de la autocontratación o haya contraposición de intereses»), para vender la citada finca, cobrar el precio y cancelar las garantías.

– Mediante escritura de compra autorizada por el notario de Valencia, don Javier Máximo Juárez González el día 24 de mayo de 2023, número de protocolo 1.234, don A. C., haciendo uso del citado poder, adquiere por compra la expresada finca registral 59.263 por un precio (equivalente al importe del reseñado préstamo de 530.839,53 euros, que expresamente se decía se adeudaba en su totalidad), indicándose: «(...) Y dicha suma la retiene o reserva la parte compradora, con anuencia de la vendedora, para hacer el pago del préstamo hipotecario que grava la finca descrita en el expositivo adquirida, por el mismo importe, en la forma y condiciones pactadas en la escritura de constitución del mismo reseñada en el apartado cargas del expositivo, cuyo contenido íntegro manifiesta conocer y acepta; y asume la obligación personal garantizada con la hipoteca sobre dicho inmueble en los términos establecidos en la presente escritura. Al subrogarse Don A. C. en dicho préstamo, y coincidir acreedor y deudor en la misma persona, se solicita la cancelación de dicha hipoteca, por confusión de derechos».

La negativa a la inscripción se basa en los siguientes argumentos:

– El apoderamiento concedido por los deudores a favor del acreedor hipotecario en los términos señalados, firmado a continuación de la escritura de constitución de hipoteca a favor del mismo, da lugar a una construcción que le permite al acreedor devenir propietario de la finca sin un procedimiento que asegure al deudor un precio objetivamente real o razonable, y que se asegure a futuros terceros la obtención del sobrante que, tras la adjudicación, pudiera existir. Dicha práctica constituye un pacto comisorio prohibido por los artículos 1859 y 1884 de nuestro Código Civil; y el fundamento de esta prohibición de pacto comisorio tiene rancio abolengo en nuestro Derecho y constituye doctrina jurisprudencial y registral permanente, pues su finalidad es impedir que el acreedor se apropie del bien en cuestión en pago de su crédito, independientemente de la forma que se le dé, por lo que resulta aplicable a toda suerte de negocios jurídicos (ya sean indirectos, simulados o fiduciarios, simples o complejos o cualquier otro).

– La prohibición de pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación resaltados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un resultado equivalente (Sentencia del Tribunal Supremo número 485/2000, de 16 de mayo); y esto es lo que ocurre en el presente caso, donde el apoderamiento concedido por los deudores a favor del acreedor hipotecario, firmado a continuación de la escritura de constitución de hipoteca a favor del mismo y que permite al acreedor devenir propietario de la finca dada en garantía del derecho de hipoteca sin que la compra esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición (con abstracción de su valor), debe ser asimilado a un auténtico pacto comisorio prohibido.

El notario autorizante de la escritura de compraventa recurre la calificación, argumentando básicamente:

– El comiso prohibido es el que se conviene ex ante. La ratio de la prohibición no es sino asegurar, en los términos ya indicados, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevale de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución.

– Ni el notario al autorizar una escritura que pueda encubrir un posible pacto comisorio, ni el registro al calificar la misma, salvo que el pacto comisorio sea patente,

pueden aplicar una presunción no prevista en el ordenamiento jurídico respecto de pactos comisorios subyacentes. Ello solo puede ser apreciado en un procedimiento contradictorio por los órganos que ostentan la potestad jurisdiccional; es decir, los juzgados y tribunales.

– La escritura objeto de la calificación no encubre una función de garantía ex ante sino que cumple una finalidad solutoria, y así resulta evidentemente de la escritura. La especialidad es que la parte vendedora-deudora hipotecaria está representada voluntariamente, mediante un poder especial notarial con juicio expreso de suficiencia y cláusula de admisión expresa de autocontratación por el acreedor hipotecario comprador. Más ello no implica ningún negocio indirecto u oculto; ni siquiera, como se ha indicado en los hechos, consta en el poder que se le atribuya expresamente carácter irrevocable, por lo que, en cualquier momento, desde su otorgamiento en el año 2019, la parte propietaria podría libremente haberlo revocado, destruyendo el presunto pacto comisorio por sí misma. Tal razón explicaría porque en la abundante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado/ Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, no haya Resoluciones sobre este supuesto, salvo error u omisión involuntaria. Por lo demás, cumple una evidente función, no de garantía, sino solutoria de la deuda ya vencida desde hace años y al efecto es pertinente traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020.

2. Expuesto los antecedentes del caso, surge una vez más la cuestión de determinar si con la construcción jurídica que ha desembocado en el otorgamiento de la escritura negativamente calificada, se ha vulnerado la prohibición del pacto comisario que, recordemos, es una prohibición de orden público.

En relación con ello, esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y en particular en las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 13 de julio de 2022 y 12 de diciembre de 2023, entre otras) 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 distraendi”, en que está prevista la suerte de los mismos».

3. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2017 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».

En línea con esta posición jurisprudencial hay que situar la reciente doctrina de esta Dirección General (así, en sus Resoluciones de 21 de julio de 2021, 10 de marzo de 2022 y 18 de septiembre de 2023) según la cual, la prohibición del pacto comisorio no es absoluta en nuestro derecho, de modo que 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. Así lo ha reiterado este Centro Directivo en numerosas ocasiones (vid., por todas, la Resolución de 13 de julio de 2022), y en ese sentido, la registradora motiva su calificación en la citada doctrina de este Centro Directivo y en las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000 y 21 de febrero de 2017.

Dicho lo anterior, también ha declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022), que deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, y que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello –se añade– podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad del pacto en cuestión.

En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor.

4. Y precisamente en esta última afirmación radica la clave para resolver el presente recurso; y es que, se quiera o no, la operación crediticia en su día concertada (ha de recordarse que está vencida desde hace varios años la deuda) ha concluido (esto es, se ha saldado), mediante una operativa a través de la cual el en su día acreedor ha devenido propietario de la finca hipoteca. Y ello mediante un negocio jurídico al que el recurrente atribuye una finalidad solutoria, que, por cierto, se alcanza indirectamente, a través de la subrogación de la deuda viva, de importe curiosamente igual al precio en que se vende la finca; precio fijado –obvia y libremente– por el apoderado, hoy comprador y en su día acreedor hipotecario.

Y como lo que ha tenido lugar es la satisfacción del crédito mediante un contrato –la compraventa– cuya función económico social (causa) en absoluto consiste en una finalidad solutoria sino (como es perfectamente sabido) en algo bien distinto, todo ello nos lleva ineludiblemente a trazar un paralelismo y, por ende, una comparación entre lo sucedido y las exigencias del mal llamado procedimiento extrajudicial de ejecución, hoy venta directa ex artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 236 del reglamento Hipotecario. Procedimiento que sí que tiene por objeto la satisfacción del acreedor, mediante el cobro de la deuda con el importe obtenido como resultado final de un procedimiento que precisamente termina con una venta, y que, para la mejor doctrina no deja de ser un procedimiento con finalidad ejecutiva y por tanto forzoso, como toda ejecución, cuya causa se encuentra en un previo incumplimiento contractual (el de la prestación debida). Eso sí, a través de un procedimiento que tiene unas garantías para el deudor y para otros eventuales acreedores posteriores que aquí brillan por su ausencia.

Y en este punto cabe destacar que este Centro Directivo, en Resolución de 18 de septiembre de 2013, puso de manifiesto que «la llamada ejecución extrajudicial ante Notario, no es propiamente un proceso, sino una venta extrajudicial, similar a la derivada de la prenda prevista en el artículo 1872 del Código Civil, si bien basada en un pacto expreso al efecto en la escritura de constitución de la garantía. Este carácter no jurisdiccional resulta claramente del párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Criterio que ha confirmado la reforma del citado artículo llevada a cabo por Ley 1/2013, de 14 de mayo, al distinguir claramente la ejecución directa sobre los bienes hipotecados de la venta extrajudicial ante Notario de la finca hipotecada, que se rige por otras normas contempladas en el citado artículo 129 de la Ley Hipotecaria y por las normas previstas al respecto en el Reglamento Hipotecario».

Ahora bien esa venta (resultado final del procedimiento de ejecución pactado) exige dos presupuestos, uno de los cuales, y pese al evidente paralelismo con el caso examinado no se cumple; y es que conforme a los artículos 129.2.a) de la Ley Hipotecaria y 234.1.1.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario, deberá fijarse «el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta», lo que no viene ser sino una garantía para el deudor de no ser desposeído del bien vía una valoración del mismo muy inferior al real, con el consiguiente perjuicio que para él de ello se derivaría. Y sin olvidar que el artículo 234.1.3.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario exige igualmente la determinación de «la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante. A tal efecto podrá designarse al propio acreedor». En relación con este requisito, tal y como se ha puesto de relieve, se trata de un supuesto de autocontratación permitida para posibilitar el otorgamiento de la escritura de venta extrajudicial en un momento en que el titular de la finca hipotecada no estará dispuesto a ningún tipo de colaboración, pero tomando como base una previa garantía (esa tasación) establecido en favor del deudor.

Por último, las alegaciones del recurrente no hacen más que reforzar la conclusión de que estamos ante un pacto comisorio («ex ante»), cuyo claro origen es el poder conferido para una finalidad que es finalmente empleado para otra bien distinta, pues de un futuro posible contrato conmutativo y sinalagmático se pasa a un negocio jurídico con finalidad solutoria, ajeno a la causa y función económico social de la compraventa. Y sin que haya habido en su origen concretas previsiones en orden a unas mínimas garantías para el deudor (póngase de ejemplo una adecuada tasación que impida el desapoderamiento del bien por un valor alejado del real o más próximo al real). Y ello trae como consecuencia una más que probable desaparición del necesario equilibrio entre las posiciones de las partes –la idea de conmutatividad–, generando un evidente el riesgo de un posible enriquecimiento injusto. Como tampoco existe en su origen una previsión que tenga igualmente en cuenta los posibles derechos de terceros afectados (cfr. artículo 236-k del Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada.

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, 22 de julio de 2024.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.