

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

24791 *Resolución de 4 de septiembre de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Adeje a inscribir una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don Francisco Javier Martínez del Moral, notario de Santa Cruz de Tenerife, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Adeje, don Perfecto Blanes Pérez, a inscribir una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 31 de diciembre de 2024 por el notario de Santa Cruz de Tenerife, por don Antonio Navarro Pascual de Riquelme, como sustituto, por imposibilidad accidental, de su compañero de residencia, don Francisco Javier Martínez del Moral, y con el número 3.238 del protocolo de éste, la entidad «Tusais, SL», vendió a la entidad «Khemchand & Sons 77, SL», la mitad indivisa de la finca registral número 56.418 del Registro de la Propiedad de Adeje.

Como datos a reseñar de dicha compraventa:

– El precio de 500.000 euros quedó totalmente aplazado para ser satisfecho a la vendedora en un plazo máximo de 20 meses, mediante veinte cuotas pagaderas los días 28 de cada mes, desde el día 28 de enero de 2025 hasta el día 28 de agosto de 2026, mediante transferencias bancarias a un tercero, «Oceans Canarias 2018, SL». Se indicaba en la escritura, respecto de esta última: «(...) (constructora) contra certificaciones de obra emitidas por la citada entidad, según calendario de pago donde aparecen los meses y cantidades a abonar, que adjunto a la presente. La parte vendedora manifiesta que dicho importe corresponde al coste total de construcción de la parcela, incluidos licencia final de obra, gastos de equipo técnico, impuestos o cualquier otro gasto relacionado con la parcela, en caso, de que el importe para la terminación de obra y gastos fuera superior a quinientos mil euros (500.000,00 €), la parte vendedora deberá asumir el coste restante. Las partes de mutuo acuerdo podrán designar otra empresa constructora».

– La compradora («Khemchand & Sons 77, SL»), concedió a la vendedora («Tusais, SL») el derecho a extinguir el condominio y adjudicarse la totalidad de la finca pagado el importe por duplicado del precio aplazado que se hubiera satisfecho hasta la fecha por el comprador al constructor, con un mínimo de 140.000 euros. El derecho caducaría el día 29 de junio de 2026, pudiéndose ejercitar también en el supuesto de transmisión a un tercero de la mitad indivisa adquirida.

– La vendedora («Tusais, SL»), titular de una mitad indivisa, concedió a la compradora («Khemchand & Sons 77, SL») el derecho a adjudicarse la cuota indivisa de «aquellos», pagando el importe de 500.000 euros, con un plazo de ejercicio que comenzará el día 30 de junio de 2026 y caducará el día 31 de diciembre del mismo año. La compradora («Khemchand & Sons 77, SL») podría ejercitar el derecho citado aun en el caso de transmisión de la cuota a un tercero.

– Para determinar el importe que la titular registral de una mitad indivisa («Tusais, SL») debería pagar a la compradora («Khemchand & Sons 77, SL») bastaría con

presentar una certificación bancaria acreditativa de los ingresos que, por precio aplazado hubiera satisfecho la compradora a la constructora «Oceans Canarias 2018, SL»; a su vez, la compradora podría ejercitar su derecho depositando notarialmente a favor de la vendedora el importe de 500.000 euros, «que tendrá por sí solo eficacia traslativa y traditoria».

II

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

«N.º de entrada: 210/2025.

Clase de documento: compraventa.

Fecha del documento: 31/12/2024.

Notario/Autorizante: Francisco Javier Martínez del Moral de Santa Cruz de Tenerife.

Protocolo: 3238/2024.

Asiento: 76 del Diario 2025.

Fecha presentación del documento: 09/01/2025.

Nota de calificación.

Examinado nuevamente el documento que antecede, y una vez despachado el documento previo que impedía su calificación, se suspende su toma de razón por los defectos que resultan de los siguientes

Hechos:

1. En virtud de la escritura calificada la entidad “Tusais, SL”, vende a la entidad “Khemchand and Sons 77, SL”, la mitad indivisa de la finca registral 56.418 de Adeje.

Son elementos de la compraventa citada los siguientes:

A. El precio de 500.000 euros queda totalmente aplazado para ser satisfecho a la vendedora en un plazo máximo de 20 meses, mediante veinte cuotas pagaderas los días 28 de cada mes, desde el 28 de enero de 2025 hasta el 28 de agosto de 2026, mediante transferencias bancarias a un tercero (“Oceans Canarias 2018 SL”), que es constructora de una villa sobre esta finca, contra certificaciones de obra.

B. La compradora, (Kemchand and Sons 77 SL), concede a la vendedora, (Tusais SL) el “derecho a extinguir el condominio y adjudicarse la totalidad de la finca “pagando”, aunque en el título se dice “pagado”, el importe por suplicado [sic] del precio aplazado que se haya satisfecho hasta la fecha por el comprador al constructor, con un mínimo de 140.000 euros.

El derecho caducará el 29 de junio de 2.026, pudiéndose ejercitar también en el supuesto de transmisión a un tercero de la mitad indivisa adquirida.

C. La vendedora, (Tusais SL), titular de una mitad indivisa, concede a la compradora (Kemchand and Sons 77 SL) el derecho a adjudicarse la cuota indivisa de “aquellos”, pagando el importe de quinientos mil euros, durante el plazo que media del 30 de junio de 2026 al 31 de diciembre del mismo año.

La compradora (Kemchand and Sons 77 SL) podrá ejercitar el derecho citado aún en el caso de transmisión de la cuota a un tercero.

Finalmente, para determinar el importe que la actual titular registral de una mitad indivisa, (Tusais SL) deberá pagar a la compradora (Kemchand and Sons 77 SL) bastará con presentar una certificación bancaria acreditativa de los ingresos que, por precio aplazado haya satisfecho la compradora a la constructora “Oceans Canarias 2018 SL, es decir, la constructora de un edificio sobre esta finca. En cambio, la compradora podrá ejercitar su derecho depositando notarialmente a favor de la vendedora el importe de 500.000 euros.

2. De los Libros del Registro resulta que la finca se halla inscrita a favor de la vendedora y con cierta hipoteca.

Fundamentos de Derecho:

1. Vistos los artículos 1, 9, 18 y 322 de la ley hipotecaria en donde se establece el principio de calificación registral, el artículo 19 bis de la ley hipotecaria en relación al 425 de su reglamento por los que se fija el principio de rogación, calificación íntegra e inscripción parcial; el artículo 2 de la ley hipotecaria y artículo 7 del reglamento hipotecario en donde se fija la teoría del “numerus clausus”, así como los artículos 6, 10, 1115, 1256, 1273, 1449, 1690, 1859 y 1884 del código civil, así como la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, BOE 4 de abril del año en curso, debe procederse a la suspensión total del título calificado.

2. En el documento que me ocupa se instrumenta la compraventa de una mitad indivisa con precio totalmente aplazado y sendos derechos a “extinguir el condominio” por un plazo determinado y con cierto precio, uno incierto y otro cierto.

En realidad el negocio jurídico que subyace parece ser una compraventa en función de garantía, donde el precio como máximo de quinientos mil euros, constituiría una especie de préstamo que la compradora hace a la vendedora, mediante el pago de dicha cantidad por plazo de año y medio a un tercero.

La vendedora, hasta 29 de junio de 2026, (fecha del último pago), no podrá ejercitar el derecho a pedir la división de la cosa común que la compradora le concede. El precio para el ejercicio de la “extinción de condominio” será el importe duplicado de lo satisfecho hasta ese momento.

Por su parte, la vendedora concede a la compradora el derecho a adjudicarse la cuota indivisa restante mediante el pago de las sumas que haya satisfecho al contratista, lo que puede implicar un pacto comisorio, prohibido en nuestro código civil.

En efecto en el título calificado se instrumenta una compraventa a la que se le une un derecho de naturaleza personal, “a extinguir el condominio” que contraría claramente el artículo 400 del código civil al señalar que “ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Véase las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021, entre otras.

Es cierto que, en la legislación española se consagra el principio del “numerus apertus” en la creación de nuevos derechos reales. Así es doctrina reiterada de la Dirección General de Registros y del Notariado que en nuestro Derecho (arts. 2 LH y 7 RH) rige el sistema de “numerus apertus”, por lo que se puede constituir como real un derecho sin necesidad que el mismo esté tipificado legalmente. Sin embargo, no basta con la voluntad de los interesados (sino que se precisa que el derecho constituido tenga los caracteres de tal derecho real, de modo que la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales, para adaptar las categorías jurídicas a características estructurales típicas de los derechos reales, cuales son su inmediatez (o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa) y su absolutividad (que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado).

Analizadas las circunstancias del caso el derecho que se constituye infringe claramente el artículo 400 del código civil. Conforme a las sentencias citadas anteriormente cualquier comunero no necesita del consentimiento de del otro para solicitar la extinción de la comunidad. Puede pedirlo “en cualquier tiempo” como dice nuestro código.

Respecto de esta última cuestión (la prohibición del citado pacto comisorio), ha de recordarse que la Dirección General de Registros y del Notariado ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid., por ejemplo, las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero y 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 y 28 de junio y 22 de julio de 2024, siendo de especial relevancia esta última, por su enfoque de la

problemática que subyace en este tipo de operaciones), 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 [sic].

Finalmente, la posibilidad de inscribir parcialmente el título calificado, sólo en cuanto a la compraventa se refiere, no es posible pues no se tiene el consentimiento del presentante, del notario otorgante ni de comprador y vendedor. De hacerse así el registrador vulneraría lo dispuesto en los artículos 19 bis y 434 de su reglamento pues el registrador debe atenerse a lo manifestado por las partes en el documento calificado sin poder actuar de oficio ni practicar asientos distintos de los solicitados. Serán las partes, quienes, a la vista de la calificación, podrán solicitar, si es posible, la inscripción parcial del mismo.

Parte dispositiva:

En virtud de lo expuesto, don Perfecto Blanes Pérez, Registrador titular del Registro de la Propiedad de Adeje, acuerdo:

Primero. Suspender la inscripción pretendida en el documento calificado, por las causas y en los términos que resultan de la presente nota de calificación.

Segundo. Notificar la presente calificación al presentante y Notario autorizante del documento calificado, de conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria.

Contra la presente nota (...)

Adeje. El Registrador. Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Perfecto Blanes Pérez registrador/a titular de Registro de la Propiedad de Adeje a día dieciséis de mayo del dos mil veinticinco.»

III

Contra la anterior nota calificación, don Francisco Javier Martínez del Moral, notario de Santa Cruz de Tenerife, interpuso recurso el día 16 de junio de 2025 mediante escrito en los siguientes términos:

«Hechos.

I. Presentación.

El día 9 de enero de 2025, se presentó en el registro de la propiedad de Adeje copia autorizada electrónica con nota de autoliquidación fiscal de la escritura de compraventa otorgada el día 31 de diciembre de 2025, ante mí compañero de residencia don Antonio Navarro Pascual de Riquelme en sustitución del notario recurrente y bajo número 3238 de mi protocolo, causando el asiento de presentación 76 del Diario 2025 (...)

II. De la calificación.

El día 24 de marzo de 2025 se notifica la suspensión de la calificación por estar pendiente de despacho un título presentado con anterioridad.

La calificación fue firmada electrónicamente por el registrador el día 16 de mayo de 2025, planteando en esencia dos objeciones: la vulneración del artículo 400 y la violación de la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859, ambos del Código Civil (...)

Alegaciones y fundamentos de Derecho.

I. Naturaleza del contrato.

I.1 La entidad T, SL, dueña de un inmueble, llega a un acuerdo privado con la entidad KS, SL que dispone medios para promover y financiar una construcción sobre el mismo.

La idea es bien simple; una sociedad pone la finca, la otra la edificación y se distribuyen el condominio por mitad. Es decir, la entidad T, SL transmite la mitad indivisa del inmueble a KS, SL. a cambio del pago de las obras a ejecutar en la finca por la sociedad contratista OC, SL, según presupuesto cerrado, quedando ambos como copropietarios por iguales cuotas del inmueble edificado.

Se determina el valor del inmueble inicial en quinientos mil euros, el valor de las obras a ejecutar en la misma suma, y el valor final del inmueble en un millón de euros.

Acuerdan poner a la reventa el inmueble y repartirse el resultado.

Comparecen en el estudio notarial con la intención de formalizar escritura pública de la compraventa de una mitad indivisa, y una opción real recíproca de adquisición de cuota y extinción de condominio, declarando que la operación no es activo esencial de ninguna de las sociedades.

Son elementos relevantes del título los siguientes:

1.º El precio de la compraventa de la mitad indivisa lo paga el comprador KS, SL haciendo frente a los certificados de obra que expedirá el contratista OC, SL, según calendario e importe cerrado.

2.º Para evitar el hipotético bloqueo de un comunero en el momento de la venta a terceros del inmueble, instrumentaron un mecanismo de salida de la proindivisión a través de un derecho recíproco de opción real de adjudicación de pleno dominio, en determinadas condiciones económicas y cronológicas, según minuta acordada que se formula en la estipulación tercera en los términos que transcribimos:

“La sociedad compradora KS, SL, concede a la vendedora, entidad mercantil T, SL, el derecho de extinguir el condominio y adjudicarse la totalidad de la finca en los términos que se establecen seguidamente:

1.º) La entidad T, SL, podrá adjudicarse la totalidad del dominio pagando el importe por duplicado del precio aplazado que se haya satisfecho hasta la fecha por KS, SL, con un mínimo de ciento cuarenta mil euros (140.000,00 €).

2.º) El derecho a adjudicarse el inmueble caducará por todo el día 29 de junio de 2026.

3.º) El derecho podrá ejercitarse igualmente, en el supuesto de transmisión a un tercero de la cuota titularidad de KS, SL.”

De esta manera, se pretende incentivar a la vendedora T, SL, para confirmar la reventa a un tercero, antes de 29 junio de 2026, obteniendo como resultado mínimo la diferencia entre el precio dispuesto a pagar por el tercero y el importe que deba satisfacer T al comprador KS, SL, por ejercitar la opción, asegurándose KS, SL un rendimiento bruto mínimo de 140.000 euros, asumiendo costes e impuestos que reducen sustancialmente la ganancia neta.

Continúa la estipulación tercera diciendo que:

“Asimismo la vendedora T, SL concede a KS, SL, el derecho a adjudicarse la cuota indivisa de aquellos en los términos que se expresan seguidamente:

1.º) KS, SL, deberá satisfacer a T, SL, el importe de quinientos mil euros (500.000,00 €).

2.º) El plazo de ejercicio de este derecho comenzará el día 30 de junio de 2026 y caducará el 31 de diciembre del mismo año.

3.º) KS, SL, podrá ejercer este derecho en caso de transmisión a un tercero de la cuota...”

De esta manera, se pretende asegurar a la compradora KS, SL –si no se produce la reventa a un tercero, o el ejercicio de la opción del vendedor antes de 29 junio de 2026– la facultad de ejercitar la opción y extinguir el condominio pagando 500.000 euros por la cuota ajena.

KS, SL, terminaría abonando en este caso el valor final del inmueble (terreno + obras); es decir, la cuota indivisa adquirida por 500.000 euros, más 500.000 euros por la otra mitad indivisa al ejercitar la opción. Obsérvese que en este último caso, estando hipotecado el inmueble en garantía de una obligación de T, SL con un tercero, la optante deberá negociar con la deudora la liberación de la deuda ajena.

En suma, este mecanismo recíproco equilibrado pretende evitar que alguno de los comuneros no quiera vender su derecho, existiendo un comprador dispuesto a comprarlo en condiciones que alguno de ellos considere ventajosas.

La dinámica de desarrollo de estos acuerdos y otras disposiciones contractuales de carácter obligacional han quedado fuera de la escritura pública, dado su alcance interno, en ejercicio del derecho de autodeterminación informativa de los contratantes.

I.2 Atendiendo a este esquema, caben cuatro posibilidades negociales futuras:

1.º Que exista una oferta de un tercero dispuesto a adquirir a cada comunero su cuota y que ambos acepten.

2.º Que el vendedor, la entidad T, SL, ejercite su opción y adquiera el pleno dominio hasta el día 29 de junio de 2026, ya lo haga para sí o para desbloquear una oferta de reventa.

3.º Que el comprador, la entidad KS, SL, ejercite su opción y adquiera el pleno dominio desde el 30 de junio de 2026 hasta el 31 de diciembre del mismo año, ya lo haga para sí o para desbloquear una oferta de reventa.

4.º Que continúen en copropiedad ordinaria desde el 31 de diciembre de 2026, una vez caducadas las opciones.

I.3 Conclusión:

El contrato calificado es una compraventa de una mitad indivisa con un derecho típico de opción cuya inscripción regula el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Se articula –en términos económicos– como mecanismo de salida de la indivisión, y su dinámica puede dar lugar a cuatro escenarios diferentes, según los acuerdos internos de los contratantes.

Para el registrador, por el contrario, se configura un derecho personal (página 2 de la calificación) o real atípico (página 3 de la calificación), porque se trata de una compraventa simulada que disimula un préstamo, de manera que quien figura escriturariamente como vendedor y acreedor del precio es, en realidad, un prestatario y deudor de un préstamo; y quien figura como comprador y deudor de un precio es, en realidad, un prestamista acreedor.

Afirma, además, que contiene un pacto de indivisión que viola la *actio communi dividundo* del artículo 400 del Código Civil. Nos referimos separadamente a estas cuestiones.

II. No existe infracción del artículo 400 del Código Civil.

II.1 La calificación considera que:

“En el título calificado se instrumenta una compraventa a la que se le une un derecho de naturaleza personal, ‘a extinguir el condominio’ que contraría claramente el artículo 400 del Código Civil... Véase las sentencias del Tribunal Supremo se 24 de marzo de 2021, entre otras.”

“...Analizadas las circunstancias del caso el derecho que se constituye infringe claramente el artículo 400 del Código Civil. Conforme a las sentencias citadas anteriormente cualquier comunero no necesita del consentimiento del otro para solicitarla extinción de la comunidad. Puede pedirlo en “cualquier tiempo”, como dice nuestro código.”

Vaya por delante que, al menos, en la edición del Código Civil que manejamos, el artículo 400 cuenta con un párrafo segundo, a cuyo tenor “...será válido el pacto de conservar la cosa indiviso por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención”.

Siendo esto así, cualquier pacto de indivisión de duración inferior a diez años es perfectamente lícito. En nuestro caso, la opción caduca el 31 de diciembre de 2026, por lo que –en la hipótesis dialéctica de que existiera un acuerdo de indivisión– su licitud queda cronológicamente asegurada.

II.2 Dicho esto, lo cierto es que registrador califica como “pacto de indivisión” lo que, en puridad, es un “pacto de extinción”.

La constitución del derecho de opción recíproco y su ejercicio posterior, no obstaculizan el ejercicio de la acción de división del comunero, sea en subasta judicial o, si así se ha acordada, en subasta notarial. Cada facultad contractual o judicial –en el caso de se [sic] ejercitarán de forma concurrente– siguen su propio curso paralelo sin fricción entre ellas.

Nos recordaba Castán Tobeñas que la comunidad es un semillero de conflictos. Para prevenirlos o resolverlos, la libertad de pactos permite diseñar incentivos y mecanismos contractuales de salida de la comunidad, siempre que respeten el límite temporal (diez años del artículo 400 del Código Civil) y los generales de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil). Dentro de este marco de normas imperativas, el derecho recíproco de opción no impide la extinción de comunidad; antes al contrario, se configura como forma de salida del condominio de las sociedades contratantes.

II.3 Conclusión:

La corta extensión temporal del derecho de opción, su inocuidad respecto del ejercicio de la acción de división, y su misión de facilitar –a fortiori– la terminación del condominio, permiten concluir que no vulnera el artículo 400 de Código Civil, lo respeta y sirve al fin último de facilitar la disolución que el precepto viene a reconocer.

III. Inexistencia de pacto comisorio.

III.1 Funciones notariales, registrales y judiciales en el control de legalidad del pacto comisorio.

En el ámbito extrajudicial, la función notarial se desarrolla en su secuencia precontractual auditando jurídicamente el *status quo* del que se parte a través de dos poderosas herramientas: la intermediación del notario con los interesados y los medios de cognición no limitados que puede recabar para estudiar la operación. Esa comunicación exige reuniones, solicitud de antecedentes y documentación (títulos, contratos privados...) que permitan formar la convicción notarial y redactar o sugerir alteraciones que respondan equilibradamente a la voluntad común de los contratantes, respetando los acuerdos internos. Esta obligación del notario, se regula en el artículo 147 del Reglamento Notarial y resulta de la necesidad de cerciorarse de la prestación del consentimiento informado del artículo 17 bis 2.a) de la Ley del Notariado.

El resultado de ese control, revisable judicialmente, es la autorización de un título público de legitimación para el tráfico protegido por las presunciones de veracidad, integridad y legalidad, amparadas por el secreto profesional.

El registrador, como todo funcionario público, tiene atribuido el control de legalidad de las actuaciones de su competencia por la Ley de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, pero tal control de inscribibilidad, en el ámbito

especial del procedimiento registral, queda limitado a dos medios de cognición: el contenido del título y los asientos del registro (artículo 18 de la LH).

Con tan pocos medios, sin inmediación de los contratantes, sin expediente, documentación, antecedentes, examen de contratos privados, ni reunión alguna, resulta tremendamente aventurado calificar un negocio como simulado, salvo prueba –en el título o en los asientos– concluyente, evidente e indubitada.

Estas limitaciones legales de la calificación registral responden a tres razones.

– La primera, porque el título ya asegura y presume la legalidad de la causa de la atribución y del negocio y la licitud de los motivos. El notario, a diferencia del registrador, se encuentra en una posición óptima y oportuna para analizar las declaraciones de las partes, examinar antecedentes, comprobar medios de pago, la legalidad y regularidad del negocio y, con base en todo ello, redactar, y autorizar el contrato; esto es, ejerce un control inmediato y no limitado, en el momento en que pueden prevenirse actos ilícitos, que es el de la prestación del consentimiento.

– La segunda razón es de orden constitucional. Salvo que la simulación no ofrezca duda alguna según el título calificado, es decir, proceda de un error del notario a la hora de calificar como lícita una causa que no lo es, o como verdadera una causa del negocio no explicitada, precisa una declaración judicial contradictoria con las garantías del proceso. Lo que no puede el registrador es apreciar una causa subyacente que no esté definida en el contrato sin invadir la esfera judicial y el ámbito de libertad de las transacciones intrasocietarias.

El Tribunal Supremo (por todas, STS de 25 de junio de 2012, RJ 2012/9866), tiene declarado que:

“la transmisión efectiva del dominio, con precio cierto y causa lícita, impide calificar el contrato como garantía encubierta, salvo prueba de simulación, que no puede presumirse.”

– Y la tercera razón se justifica desde la perspectiva del análisis económico del derecho, en la inoportunidad de una calificación subjetiva atribuyendo a los contratantes intenciones espurias, que afloran tardíamente en la secuencia postcontractual, paralizando la cognoscibilidad de un negocio ya consumado, devengado sus impuestos y en plena ejecución. Tal control presenta un coste ineficiente económicamente y casa mal con la seguridad jurídica preventiva a la que ha de servir la función registral, moderando valoraciones subjetivas, y conjeturas.

III.2 Las sospechas registrales que justifican su calificación.

Pese al tiempo que el funcionario se ha tomado para examinar el asunto y apreciar y redactar los defectos (desde el 9 de enero de 2025 hasta el día 16 de mayo de 2025) dedica sólo tres breves párrafos para razonar y concluir que existe un pacto comisorio, pese a la gravedad de la conclusión.

El registrador afirma en la calificación que: “...En realidad el negocio que subyace parece ser una compraventa en función de garantía, donde el precio... constituiría una especie de préstamo que la compradora hace a la vendedora...”

Para llegar a esta conclusión conjetural, se apoya en dos hechos que son tan insustanciales como erróneos.

El primero, al apreciar el *dies a quo* de la opción de la vendedora, nos dice que:

“... La vendedora, hasta el 29 de junio de 2026, (fecha del último pago) no podrá ejercitar el derecho a pedir la división de la cosa común que la compradora le concede...”

Lo que dice la escritura es que:

“La entidad T, SL, podrá adjudicarse la totalidad del dominio pagando el importe por duplicado del precio aplazado que se haya satisfecho hasta la fecha por KS: SL...”

...El derecho a adjudicarse el inmueble caducará por todo el día 29 de junio de 2026. Es decir, la opción puede ejercitarse desde el minuto uno hasta por todo el día 29 de junio de 2026.

El segundo argumento sobre el que pivota su visión del pacto comisorio es el siguiente:

“...Por su parte, la vendedora concede a la compradora un derecho a adjudicarse la cuota indivisa restante mediante el pago de las sumas que haya satisfecho al contratista, lo que puede implicar un pacto comisorio...”

La afirmación también es incorrecta; lo que dice la escritura es lo siguiente:

“Asimismo la vendedora T, SL concede a K, SL, el derecho a adjudicarse la cuota indivisa de aquellos en los términos que se expresan seguidamente: 1.º) KS, SL deberá satisfacer a T, SL el importe de quinientos mil euros (500.000,00 €).

2.º) El plazo de ejercicio de este derecho comenzará el día 30 de junio de 2026 y caducará el 31 de diciembre del mismo año...”

Una cosa es el precio de la mitad indivisa adquirida que paga a través del coste de la [sic] obras al contratista, y otra el precio de la mitad indivisa restante, que pagará al vendedor si se ejercita la opción. El comprador ha asumido el pago de 500.000 euros por su mitad indivisa, y si quiere ejercitar la opción por la otra mitad, deberá abonar otros 500.000 euros entre los días 30 de junio y 31 de diciembre de 2026. En total 1.000.000 de euros. Es decir, terminará pagando el valor de partida del negocio (obras + activo inmobiliario).

Con estos erróneos mimbres se construye todo el argumento registral de que la causa expresada en el contrato no es la verdadera.

III.3 Doctrina de la DGSJFP.

La doctrina de la DGSJFP atinente a este asunto, permite inferir los principios y límites de la calificación registral, que acreditan la extralimitación objetiva de la calificación.

1. Calificación de la “causa” del negocio: El registrador tiene la facultad y el deber de calificar la causa del negocio jurídico. Sin una causa lícita y verdadera, el negocio es nulo (art. 1275 CC), pero la calificación recae sobre la causa expresada en el contrato y su congruencia con el mismo, sin que pueda convertirse en una investigación de la voluntad interna o de los motivos subjetivos de los partes, que excedería el ámbito de la función registral. La calificación de la causa debe basarse en lo que resulta del título y de la aplicación de las normas legales. RR. 25 de febrero de 2008 (RJ 2008/1744) y 29 de junio de 2007 (RJ 2007/5820).

2. Límite a la investigación de la simulación: Si bien el registrador puede y debe denegar la inscripción de negocios jurídicos que, de forma clara e indubitada, revelen una simulación o un fraude de ley (como un pacto comisorio), no puede entrar a investigar y reconstruir la voluntad negocial subyacente que no resulte del título. La DGSJFP ha reiterado que la calificación registral no es un proceso Judicial declarativo para determinar la simulación absoluta o relativa de un contrato o la existencia de un fraude. (R. 29 de junio de 2007 (RJ 2007/5820).

3. Criterio de la “claridad indubitada”: El registrador sólo podrá denegar la inscripción por existencia de pacto comisorio cuando éste resulte de forma indubitada y sin necesidad de complejos juicios interpretativos o pruebas extrínsecas del propio título presentado y de los asientos registrales. No se le exige que realice una investigación judicial o que presuma la existencia de un acuerdo simulatorio (R. 13 de julio de 2017 (RJ 2017/3739) puesto que la nulidad ha de resultar con claridad meridiana del propio documento calificado, sin necesidad de un juicio declarativo contradictorio (R. 23 de octubre de 2018 (RJ 2018/4847).

4. Principio de apariencia y presunción de legalidad del título de legitimación para el tráfico: Los documentos públicos otorgados por notario gozan de la presunción de veracidad y legalidad. Corresponde a quien alega la nulidad o la simulación probarla en un procedimiento judicial. El registrador no puede usurpar esa función reservada al más alto rango normativo a Jueces y Tribunales. La R. 28 de enero de 2011 (RJ 2011/1301) recuerda que la calificación de la causa y la apreciación de la simulación deben hacerse con base en el título y los asientos registrales, sin extenderse a datos extrínsecos o a suposiciones no justificadas por los mismos.

IV. Conclusiones finales.

1. Cinco meses después de presentarse el título han sido insuficientes para que el registrador entienda que el mecanismo de salida de la indivisión no es una prohibición de indivisión, ni un derecho real atípico; se trata de un simple derecho de opción.

Partiendo de este error inicial, no es de extrañar que se equivoque en los dos argumentos que sirven de justificación fáctica a su calificación de simulación (dies a quo de ejercicio de la opción por el vendedor/precio que ha de pagar por su ejercicio el comprador).

2. Más allá de los errores que lastran la argumentación, el funcionamiento del contrato permite cuatro escenarios alternativos para obtener beneficio de las sinergias de ambas empresas (modulados por los acuerdos internos), ya vendan cada uno a un tercero su cuota, fin principal del negocio, adquiera la vendedora la cuota del comprador, con prioridad temporal, adquiera la compradora la cuota de la vendedora, en defecto de los dos escenarios anteriores, o permanezcan en proindiviso ordinario caducadas las opciones.

3. El pacto comisorio exige la existencia de un deudor, un acreedor, un crédito garantizado y la facultad de apropiación directa por el acreedor del bien dado en garantía, que casa mal con el repertorio de escenarios enumerados.

El registrador no determina los elementos de ese hipotético préstamo disimulado, ni su funcionamiento, ni cuál sería la posición de la sociedad contratista OC, SL, tras la alteración del escenario contractual que dibuja en una calificación del título.

Tampoco se articula una apropiación directa de ningún bien. La opción del comprador exige pagar un precio coincidente con el valor del activo inmobiliario más las obras ejecutadas.

4. No existe ninguna razón indiciaria, menos aún concluyente, que apoye una simulación. Se comparte un objetivo de ganancias conjuntas, un cuadro de alternativas equilibradas, unas aportaciones de idéntico valor, una comunidad romana dirigida a un fin negocial concreto; un precio cierto, unos medios de verificar el pago y unos acuerdos internos para facilitar su reventa a terceros.

Las declaraciones de voluntad de los otorgantes se dirigen hacia un esquema simple de negocio. Una sociedad pone el activo inmobiliario y otra pone las obras y reparten a medias el beneficio de la reventa del inmueble edificado. Si llegado el caso una de las sociedades se niega a vender su cuota a un tercero, una opción recíproca de salida permite evitar el bloqueo de una de las partes.

En su virtud,

Al amparo de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 325 LH, se interesa del registrador competente que por presentado este escrito y documentación adjunta, reforme la calificación y proceda a la inscripción en los términos interesados.

Subsidiariamente, deberá dar curso al procedimiento entablado; en particular se solicita:

- Proceda a la expedición de recibo acreditativo de la interposición del recurso con expresión de la fecha de su elevación a la DGSJFP y lo remita al notario recurrente.
- Practique nota al margen del asiento de presentación expresiva de la prórroga, a que se refiere el artículo 323 LH.
- Y forme expediente y lo remita a la Dirección General en el plazo de cinco días.

Y solicito de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que por presentado este escrito con sus documentos adjuntos, proceda a su admisión y, en su mérito, dicte Resolución que declare la inscribibilidad del título en los términos postulados.»

IV

El registrador de la Propiedad mantuvo su nota de calificación y, en unión de su preceptivo informe, elevó el expediente a este centro directivo para su resolución.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 10, 392 y siguientes 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, 21 de febrero de 2017, 5 de marzo de 2020 y 23 de marzo de 2021; 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, 9 de enero, 11 de junio, 22, 30 (4.^a) y 31 de julio (2.^a), 1 y 2 de octubre y 13 de noviembre de 2024 y 10 y 16 de enero y 5 de marzo de 2025.

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

Mediante escritura autorizada el día 31 de diciembre de 2024, protocolo número 3.238, por don Antonio Navarro Pascual de Riquelme, notario de Santa Cruz de Tenerife, como sustituto, por imposibilidad accidental, del notario de Santa Cruz de Tenerife, don Francisco Javier Martínez del Moral, y para su protocolo, la entidad «Tusais, SL», vendió a la entidad «Khemchand & Sons, 77, SL», la mitad indivisa de la finca registral 56.418 de Adeje.

Como datos a reseñar de dicha compraventa:

– El precio de 500.000 euros quedó totalmente aplazado para ser satisfecho a la vendedora en un plazo máximo de 20 meses, mediante veinte cuotas pagaderas los días 28 de cada mes, desde el día 28 de enero de 2025 hasta el día 28 de agosto de 2026, mediante transferencias bancarias a un tercero («Oceans Canarias 2018, SL»). Se indica en la escritura, respecto de esta última: «(...) (constructora) contra certificaciones de obra emitidas por la citada entidad, según calendario de pago donde aparecen los meses y cantidades a abonar, que adjunto a la presente. La parte vendedora manifiesta que dicho importe corresponde al coste total de construcción de la parcela, incluidos licencia final de obra, gastos de equipo técnico, impuestos o cualquier otro gasto relacionado con la parcela, en caso, de que el importe para la terminación de obra y gastos fuera superior a quinientos mil euros (500.000,00 €), la parte vendedora

deberá asumir el coste restante. Las partes de mutuo acuerdo podrán designar otra empresa constructora».

– La compradora («Kemchand & Sons 77, SL»), concedió a la vendedora («Tusais, SL») el derecho a extinguir el condominio y adjudicarse la totalidad de la finca pagado el importe por duplicado del precio aplazado que se haya satisfecho hasta la fecha por el comprador al constructor, con un mínimo de 140.000 euros. El derecho caducará el día 29 de junio de 2026, pudiéndose ejercitar también en el supuesto de transmisión a un tercero de la mitad indivisa adquirida.

– La vendedora («Tusais, SL»), titular de una mitad indivisa, concedió a la compradora («Kemchand & Sons 77, SL») el derecho a adjudicarse la cuota indivisa de «aquellos», pagando el importe de 500.000 euros, con un plazo de ejercicio que comenzará el día 30 de junio de 2026 y caducará el día 31 de diciembre del mismo año. La compradora («Kemchand & Sons 77, SL») podrá ejercitar el derecho citado aún en el caso de transmisión de la cuota a un tercero.

– Para determinar el importe que la titular registral de una mitad indivisa («Tusais, SL») debería pagar a la compradora («Kemchand & Sons 77, SL») bastaría con presentar una certificación bancaria acreditativa de los ingresos que, por precio aplazado haya satisfecho la compradora a la constructora «Oceans Canarias 2018, SL»; a su vez, la compradora podría ejercitar su derecho depositando notarialmente a favor de la vendedora el importe de 500.000 euros, «que tendrá por sí solo eficacia traslativa y traditoria».

La calificación parte de la idea de que el negocio jurídico que subyace parece ser una compraventa en función de garantía, donde el precio como máximo de 500.000 euros, constituiría una especie de préstamo que la compradora hace a la vendedora, mediante el pago de dicha cantidad por plazo de año y medio a un tercero; concediéndose las partes respectivos derechos a extinguir el condominio y adjudicarse el bien, poniendo especial énfasis en este extremo: «la vendedora concede a la compradora el derecho a adjudicarse la cuota indivisa restante mediante el pago de las sumas que haya satisfecho al contratista, lo que puede implicar un pacto comisorio, prohibido en nuestro código».

Y suspende la inscripción en base –resumidamente– a tres objeciones:

– En el título calificado se instrumenta una compraventa a la que se le une un derecho de naturaleza personal, «a extinguir el condominio», que contraría claramente el artículo 400 del Código Civil al señalar que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021, entre otras). Es cierto que, en la legislación española se consagra el principio del «*numerus apertus*» en la creación de nuevos derechos reales. Sin embargo, no basta con la voluntad de los interesados, sino que se precisa que el derecho constituido tenga los caracteres de tal derecho real, de modo que la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales, para adaptar las categorías jurídicas a características estructurales típicas de los derechos reales, cuales son su inmediatez (o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa) y su absolutividad (que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado). Y analizadas las circunstancias del caso, el derecho que se constituye infringe claramente el artículo 400 del Código Civil. Conforme a las sentencias citadas anteriormente cualquier comunero no necesita del consentimiento de del otro para solicitar la extinción de la comunidad, pues puede pedirlo «en cualquier tiempo».

– Respecto de la prohibición del pacto comisorio, esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid., por ejemplo, las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero y 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021, 13 de julio de 2022, 18 de septiembre y 12 y 14 de diciembre de 2023 y 9 de enero, 11 y 28 de junio y 22 de julio de 2024, siendo de especial relevancia esta última, por su enfoque de la problemática que subyace en este tipo de operaciones), 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).

– La posibilidad de inscribir parcialmente el título calificado, sólo en cuanto a la compraventa se refiere, no es posible pues no se tiene el consentimiento del presentante, del notario otorgante ni de comprador y vendedor. De hacerse así el registrador vulneraría lo dispuesto en los artículos 19 bis y 434 de su reglamento pues el registrador debe atenerse a lo manifestado por las partes en el documento calificado sin poder actuar de oficio ni practicar asientos distintos de los solicitados. Serán las partes, quienes, a la vista de la calificación, podrán solicitar, si es posible, la inscripción parcial del mismo.

El notario para cuyo protocolo se autorizó la escritura recurre la calificación, pudiendo resumirse sus alegaciones así:

– «El contrato calificado es una compraventa de una mitad indivisa con un derecho típico de opción cuya inscripción regula el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Se articula –en términos económicos– como mecanismo de salida de la indivisión, y su dinámica puede dar lugar a cuatro escenarios diferentes, según los acuerdos internos de los contratantes.»

– «El derecho recíproco de opción no impide la extinción de comunidad; antes al contrario, se configura como forma de salida del condominio de las sociedades contratantes (...) La corta extensión temporal del derecho de opción, su inocuidad respecto del ejercicio de la acción de división, y su misión de facilitar –a fortiori– la terminación del condominio, permiten concluir que no vulnera el artículo 400 de Código Civil, lo respeta y sirve al fin último de facilitar la disolución que el precepto viene a reconocer.»

– «El funcionamiento del contrato permite cuatro escenarios alternativos para obtener beneficio de las sinergias de ambas empresas (modulados por los acuerdos internos), ya vendan cada uno a un tercero su cuota, fin principal del negocio, adquiera la vendedora la cuota del comprador, con prioridad temporal, adquiera la compradora la cuota de la vendedora, en defecto de los dos escenarios anteriores, o permanezcan en proindiviso ordinario caducadas las opciones.» Errónea apreciación por parte del registrador de dos de los elementos relevantes del negocio celebrado: el «dies a quo» de ejercicio de la opción por el vendedor y el precio que ha de pagar por su ejercicio el comprador.

– Para el registrador, se trata de «una compraventa simulada que disimula un préstamo, de manera que quien figura escriturariamente como vendedor y acreedor del precio es, en realidad, un prestatario y deudor de un préstamo; y quien figura como comprador y deudor de un precio es, en realidad, un prestamista acreedor».

Pero «el pacto comisorio exige la existencia de un deudor, un acreedor, un crédito garantizado y la facultad de apropiación directa por el acreedor del bien dado en garantía, que casa mal con el repertorio de escenarios enumerados. El registrador no determina los elementos de ese hipotético préstamo disimulado, ni su funcionamiento, ni cuál sería la posición de la sociedad contratista OC, SL, tras la alteración del escenario contractual que dibuja en una calificación del título. Tampoco se articula una apropiación directa de ningún bien. La opción del comprador exige pagar un precio coincidente con el valor del activo inmobiliario más las obras ejecutadas (...) No existe ninguna razón indiciaria, menos aún concluyente, que apoye una simulación. Se comparte un objetivo de ganancias conjuntas, un cuadro de alternativas equilibradas, unas aportaciones de idéntico valor, una comunidad romana dirigida a un fin comercial concreto; un precio cierto, unos medios de verificar el pago y unos acuerdos internos para facilitar su reventa a terceros. Las declaraciones de voluntad de los otorgantes se dirigen hacia un esquema simple de negocio. Una sociedad pone el activo inmobiliario y otra pone las obras y

reparten a medias el beneficio de la reventa del inmueble edificado. Si llegado el caso una de las sociedades se niega a vender su cuota a un tercero, una opción recíproca de salida permite evitar el bloqueo de una de las partes».

2. Así las cosas, entrando a analizar el fondo del recurso y para una mayor claridad, se seguirá el orden de los defectos señalados en la calificación; no sin antes resaltar lo poderosamente que llama la atención la siguiente frase, que se transcribe literalmente del escrito de recurso y referida al contenido de la escritura calificada: «La dinámica de desarrollo de estos acuerdos y otras disposiciones contractuales de carácter obligacional han quedado fuera de la escritura pública, dado su alcance interno, en ejercicio del derecho de autodeterminación informativa de los contratantes».

Y decimos esto, porque muchas de las estipulaciones reflejadas en la escritura, aisladamente consideradas, carecen de la explicación que se pretende realizar en el recurso (que obviamente no es el lugar adecuado para ello), impidiendo así valorar adecuadamente su viabilidad, en orden a su acceso registral y a la vista de la doctrina de la causa. Causa –bien sabido es– que, en nuestro ordenamiento jurídico, constituye uno de los elementos esenciales de todo negocio jurídico, y que, en sentido objetivo, es la función económico-social del negocio jurídico; siendo esta acepción de la causa, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 diciembre 2004, la aludida en el artículo 1274 del Código Civil, cuando determina que ha de existir y ser verdadera. En sentido subjetivo, la causa –que igualmente ha de ser lícita– es el motivo práctico por el cual las partes celebran un determinado negocio jurídico. Como afirma el Alto Tribunal en la sentencia número 163/2021, de 23 de marzo de 2021, «(...) el propósito perseguido por las partes al celebrar el contrato ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia entre aquel propósito y esta función, y no concurren otras causas de ineficacia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Pero si no la hay, porque el propósito que se persigue es ilícito (como es el caso en que ese propósito de las partes es la comisión de un delito), tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico, conforme al artículo 1275 del Código Civil».

La calificación pone de relieve que, en el título calificado, se instrumenta una compraventa, a la que se le une un derecho de naturaleza personal «a extinguir el condominio» que contraría claramente el artículo 400 del Código Civil («ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común»). Añadiendo que, analizadas las circunstancias del caso, el derecho que se constituye infringe claramente el artículo 400 de dicho texto legal, pues ningún comunero necesita del consentimiento del otro (u otros) para solicitar la extinción de la comunidad, ya que puede pedirla en cualquier tiempo.

El notario, en su recurso, alega que el contrato calificado es una compraventa de una mitad indivisa con un derecho típico de opción, cuya inscripción regula el artículo 14 del Reglamento Hipotecario; y que se articula –añade–, en términos económicos, como mecanismo de salida de la indivisión. Y su dinámica –añade– puede dar lugar a cuatro escenarios diferentes, según los acuerdos internos de los contratantes; además –alega– no impide el derecho recíproco de opción la extinción de comunidad, pues, al contrario, se configura como forma de salida del condominio de las sociedades contratantes.

3. Sabido es que la comunidad es una situación que históricamente ha sido contemplada con disfavor por el derecho, razón por la cual, y a lo largo de la historia, ha arbitrado diferentes mecanismos para ponerla fin.

Son, en ese sentido, claramente ilustrativas las afirmaciones que se contienen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020: «(...) El retracto de comuneros facilita el cumplimiento de esta finalidad al permitir reducir el número de partícipes de la comunidad, evitando que la salida de uno de los partícipes por la venta de su cuota indivisa se sustituya por la entrada de un nuevo partícipe extraño a la comunidad.

Se trata de la misma ratio iuris (facilitar la terminación de situaciones de comunidad), considerada de interés público, a la que responden otras normas como las de no obligar

a ningún copropietario a permanecer en la indivisión ex artículo 400, párrafo primero, CC, a cuyo servicio se pone la *actio communi dividundo*, considerada imprescriptible, según se desprende del mismo precepto: “Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común”. Únicamente se exceptúan de esta regla los casos en que haya mediado un pacto de conservar la cosa indivisa, pero aun en este caso esta excepción se encuentra limitada por la exigencia impuesta en el párrafo segundo del mismo artículo de que el pacto tenga una vigencia temporal limitada que no podrá exceder de diez años (...) Esta ausencia de obligación o vinculación jurídica de permanecer en la comunidad (el comunero por el simple hecho de serlo no está obligado a continuar siéndolo), se explica porque la comunidad surge de la mera cotitularidad y no de pacto alguno (art. 1.089 CC), y la ley lejos de imponer su mantenimiento facilita su extinción, lo que tiene su expresión no sólo en la citada acción de división, sino también en la facultad de cada condueño de transmitir su parte (art. 399 CC) y en la facultad de la renuncia liberatoria (art. 395 CC) (...) cumplida la aludida finalidad extintiva del condominio de forma más amplia por la acción de división, que supone la supresión íntegra de la comunidad, carece de funcionalidad económico-social el retracto de comuneros, que tan sólo da lugar a una reducción del número de los comuneros, lo que hace que decaiga la justificación legal del sacrificio que para el derecho de propiedad y para la libertad de contratación supone el derecho de retracto, en perjuicio del comprador, para quien el retracto se traduce en una causa de pérdida de la propiedad adquirida, y en perjuicio también del vendedor a quien se restringe mediante el retracto su facultad dispositiva, *ius disponendi* que ordinariamente incluye la elección de la persona a quien quiere vender su propiedad.»

Por cierto, una acción de división considerada, sin fisura doctrinal alguna, como imprescriptible, irrenunciable y de orden público; si bien su materialización exigirá un acuerdo entre las partes, o su ejercicio judicial. Y nótese que en el caso que nos ocupa, se configura ese derecho (de salida del condominio, en expresión del recurrente) de manera un tanto peculiar respecto de un vendedor y un comprador que, por obra de la escritura calificada, han pasado a ser condóminos.

Así, se indica que las partes recíprocamente se conceden un derecho (que ya tienen por ley imperativamente conferido) a extinguir el condominio y adjudicarse (¿unilateralmente?) el bien; algo que, como hemos visto, no encaja en absoluto con la dinámica y función económico-social del derecho que aparece consagrado en el artículo 400 del Código Civil, pues ese derecho a poner fin al condominio de origen legal y de orden público (también, recordemos, imprescriptible, irrenunciable), únicamente es modulable en los estrictos términos que habilita el párrafo segundo del citado artículo 400 («será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención»).

Tiene por ello razón el registrador en su nota, cuando estima que el derecho que dice constituirse y atribuirse a cada condómino, infringe claramente el artículo 400 del Código Civil. Ningún comunero necesita el concurso del otro, ni una supuesta infracción de determinados pactos (al parecer en este caso muchos de ellos extramuros de la escritura), para pedir la extinción de la comunidad y poner fin a la misma, por lo que tampoco se acaba de comprender que, en la escritura, tal derecho se haga extensivo también al caso de transmisión de cuota a tercero, pues en tal caso sigue existiendo condominio y el derecho a poner fin a la situación de comunidad.

Se quiera o no, un condómino (sea inicial o posterior) para nada necesita de la concesión de un derecho que ya tiene «ex lege», y sobre el que ni siquiera procede teorizar en orden a su teórico carácter personal o real.

4. Pero hay más argumentos que, en el caso que analizamos, avalarían la vulneración del citado artículo 400, y es su aludida instrumentalización como derecho de opción en garantía. Nótese que el recurrente alude en su escrito –que no en la escritura– al hecho de haberse pactado en aras de impedir una situación de bloqueo de una comunidad romana, originada con un fin comercial concreto y con unos acuerdos internos [sic] que buscarían facilitar la reventa del bien a terceros. Pero hay que resaltar, no

obstante, que el término «opción», como tal, no aparece en ningún momento en la escritura, aunque se reconoce en el recurso que existe, y se emplea, con una clara función de garantía, al instrumentalizarse, para la aludida finalidad, la dinámica y operativa legal del artículo 400 del Código Civil.

En cuanto a la naturaleza del derecho de opción (aunque ha sido discutida), la doctrina dominante le atribuye naturaleza de auténtico derecho subjetivo (y no un simple derecho potestativo o potestad de modificación jurídica, como han sostenido algunos autores); y también es criterio general que puede revestir naturaleza real u obligacional, según la voluntad de las partes al constituirlo. Y respecto a la posibilidad de constituirlo como un derecho real, la resolución de este centro directivo de 18 de marzo de 2016 declaró: «el contrato de opción (que no puede confundirse con la promesa bilateral de comprar y vender a que se refiere el artículo 1451 del Código Civil –Sentencia de 21 de julio de 1997–), y el derecho de él derivado pueden configurarse de muy diversas maneras y con muy distinto contenido sin más límites que los derivados de la ley, la moral o el orden público. Concretamente, nada impide configurar el derecho de opción como derecho real con base en el criterio de “*numerus apertus*” que rige en nuestro ordenamiento, por el que se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la transcendencia “*erga omnes*” de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras). Son características estructurales típicas de los derechos reales, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. En el caso del derecho de opción, este Centro Directivo puso de relieve ya en la Resolución de 30 de septiembre de 1987 que la necesaria limitación de su dimensión temporal».

Por lo demás y dejando de lado ahora la cuestión de su naturaleza jurídica, constituir un derecho de opción exige cumplir con determinadas exigencias, sustantivas y registrales, tanto en su génesis o nacimiento, como en su dinámica y ejercicio, claramente prefijadas en la normativa civil e hipotecaria y también delimitadas por este Centro Directivo en una –ya– larga serie de Resoluciones; pero que no aparecen contempladas, ni reguladas debidamente, en la escritura.

Consideraciones estas últimas que, unidas a las anteriores, necesariamente refuerzan la confirmación del primer defecto de la nota.

5. El segundo defecto de la nota centra en la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, señalando: «el negocio jurídico que subyace parece ser una compraventa en función de garantía, donde el precio como máximo de quinientos mil euros, constituiría una especie de préstamo que la compradora hace a la vendedora, mediante el pago de dicha cantidad por plazo de año y medio a un tercero. 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».

Por el contrario, para el recurrente el pacto comisorio requiere la existencia de un deudor, un acreedor, un crédito garantizado y la facultad de apropiación directa por el acreedor del bien dado en garantía, que casa mal con el repertorio de escenarios

enumerados. El registrador no determina los elementos de ese hipotético préstamo disimulado, ni su funcionamiento, ni cuál sería la posición de la sociedad contratista «Oceans Canarias 2018, SL», tras la alteración del escenario contractual que dibuja en una calificación del título. Tampoco se articula una apropiación directa de ningún bien. La opción del comprador exige pagar un precio coincidente con el valor del activo inmobiliario más las obras ejecutadas.

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».

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.

Ahora bien, lo cierto es que sin perder de vista el hecho de ser las dos partes contractuales sendas sociedades mercantiles (con la incidencia que, como es bien sabido, ello supondría de cara a la aplicación de normas tales como la Ley 2/2009 o la 5/2019), no hay datos suficientes en la escritura (se desconoce el contenido de los acuerdos, extra muros de la misma, a que alude el recurrente en su escrito) que permitan afirmar, sin duda razonable, la existencia de un préstamo (cuya garantía, caso de incumplimiento, sería la apropiación del bien por parte del acreedor).

No obstante, de lo expuesto se deduce que, en este caso, se ha pretendido articular –indebidamente– una garantía de cumplimiento contractual, empleando un mecanismo por entero inadecuado (esa supuesta opción a extinguir el condominio y a adjudicarse una mitad del bien) y cuyo supuesto automatismo no encaja con las previsiones legalmente establecidas en torno al ejercicio de la acción de extinción de comunidad. Es por tanto predicable, respecto del caso que motiva este recurso, la ya larga y reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la genérica prohibición de una función de garantía de la opción –vía pacto comisorio–; que resulta aquí plenamente aplicable.

Por todo lo expuesto, procede igualmente la confirmación del segundo defecto de la nota.

6. Finalmente, se ajusta a derecho –y ha de confirmarse– la objeción que se contiene al final de la nota: «la posibilidad de inscribir parcialmente el título calificado, sólo en cuanto a la compraventa se refiere, no es posible pues no se tiene el consentimiento del presentante, del notario otorgante ni de comprador y vendedor. De hacerse así el registrador vulneraría lo dispuesto en los artículos 19 bis y 434 de su reglamento pues el registrador debe atenerse a lo manifestado por las partes en el documento calificado sin poder actuar de oficio ni practicar asientos distintos de los solicitados. Serán las partes, quienes, a la vista de la calificación, podrán solicitar, si es posible, la inscripción parcial del mismo».

Y es que, en estos casos, tal y como ha puesto de relieve –entre otras– la reciente Resolución de este centro directivo de 11 de junio de 2025, «lo que no puede hacer el registrador es modificar el contenido del negocio documentado»; como tampoco puede –cabría añadir– desnaturalizar el negocio que ha sido celebrado por las partes.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de 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, 4 de septiembre de 2025.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.