

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCR010599

**RESOLUCIÓN de 15 de marzo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad interina de Celanova a inscribir la opción de compra pactada en una escritura de constitución de hipoteca.**

(BOE de 28 de abril de 2021)

**SUMARIO:****Registro de la Propiedad. Hipoteca. Opción de compra. Pacto comisorio. Pacto marciano.**

Se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. En apoyo de esta tesis se cita el denominado **pacto marciano** recogido en el Digesto [puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición]. Por otra parte, es indudable que los sistemas ordinarios de ejecución de las garantías presentan cierta ineficiencia, por el tiempo y los costes del procedimiento y por la baja calidad que con frecuencia presentan las ofertas (como acredita el hecho de que la Ley, en muchos casos, se tenga que preocupar de garantizar al deudor la obtención de un valor mínimo, llegando a conformarse con el 60% o el 70% de esa tasación objetiva). Por ello, **en nuestro ordenamiento jurídico se van abriendo nuevas vías de ejecución de las garantías o realización de los bienes objeto de éstas que resulten más eficientes.**

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

Para poder acceder a los libros registrales el derecho de opción debe estar necesariamente sujeto a plazo y este no debe exceder el de cuatro años, aunque es bien cierto que también el propio artículo 14 del Reglamento Hipotecario permite un plazo superior en el supuesto de arrendamiento con opción de compra. No obstante, un derecho de opción que forma una unidad con otro negocio jurídico distinto del arrendamiento o que se ejercita sobre un derecho real distinto del pleno dominio produce una dependencia que no puede ser ignorada por el ordenamiento jurídico. De otra forma sería imposible el avance y adaptación del derecho al devenir de los tiempos. En todo caso, debe reunir los requisitos requeridos por el ordenamiento jurídico; fundamentalmente que exista una causa justificada y que se respeten las exigencias impuestas en favor de terceros por el sistema registral, con pleno respecto al principio de autonomía de la voluntad y a la libertad en la creación de nuevas formas jurídico-reales, exigiéndose que el derecho constituido tenga la suficiente claridad y certeza como para dotarla de efectos erga omnes. Podría decirse, por tanto, que el **artículo 14 del Reglamento Hipotecario impediría la inscripción de un derecho de opción por más de cuatro años, pero también cabe entender que cuando se trata de una opción complementaria de otra figura jurídica que lo admita, siempre que esté suficientemente delimitada, pueda acceder a los libros registrales configurada al amparo de los principios de libertad civil y *numerus apertus* en materia de derechos reales.**

**PRECEPTOS:**

Código Civil, arts. 6, 10, 1.115, 1.449, 1.256, 1.273, 1.690, 1.859 y 1.884.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 1, 9, 18, 322 y ss.

Ley 28/1998 (Venta a plazos de bienes muebles), art. 16.2.

RDL 5/2005 (impulso a la productividad y mejora de la contratación pública), arts. 6, 11, 12 y 13.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), art. 14.

En el recurso interpuesto por don Ángel Manuel Rodríguez Dapena, notario de Celanova, contra la negativa de la registradora de la Propiedad interina de Celanova, doña Irene Bemposta Iglesias, a inscribir la opción de compra pactada en una escritura de constitución de hipoteca.

## Hechos

### I

Mediante escritura autorizada el día 10 de julio de 2019 por el notario de Celanova, don Ángel Manuel Rodríguez Dapena, con el número 1.788 de protocolo, doña E. y doña M. J. A. D. reconocieron adeudar a la sociedad «Grupo Antolín Soluciones, S.L.» la cantidad de 67.936,20 euros por razón de la devolución de un depósito correspondiente a garantía de obras y varios, realizada el día 10 de julio de 2019, cuyo pago deberá hacerse en el plazo de cinco años a contar desde este día mediante sesenta cuotas mensuales.

En garantía de las obligaciones derivadas de dicha deuda, doña E. A. D. constituyó, en la misma escritura, a favor de la entidad «Grupo Antolín Soluciones, S.L.», un derecho real de hipoteca sobre la finca registral número 9.684 de Cortegada, siendo objeto de inscripción en virtud de la solicitud de inscripción en el Registro contenida en la estipulación C6 de la escritura, en la que se consiente la inscripción parcial, sin ninguna limitación, «en especial se consiente la inscripción sin inscribir la estipulación C4), y sin perjuicio de la oportuna notificación».

En la referida estipulación C4), la hipotecante concedió a «Grupo Antolín Soluciones, S.L.», un derecho real de opción de compra sobre la indicada finca registral 9.684 de Cortegada, que se ejercerá por la prestamista «(...) en el caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales, sin cumplir la parte deudora su obligación de pago»; regulándose el procedimiento (que será íntegramente transcrito en esta resolución inmediatamente después de los «Vistos») de ejercicio de tal opción. Ejercicio que habría de llevarse a cabo en los plazos máximos que resultaran de dicho procedimiento y, en todo caso, antes del día 10 de julio de 2027. Por último, se autorizaba al optante para transmitir el derecho de opción así constituido, inter vivos o mortis causa.

### II

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

«Previo calificación del documento reseñado, y tras examinar los antecedentes del Registro, el Registrador de la Propiedad que suscribe ha practicado la inscripción: finca N.º: 9.684 del municipio de Cortegada, inscrita en el tomo: 847, libro: 68 de Cortegada, folio: 112, inscripción 9.ª Idufir: 32005000368890. referencia catastral: 8734315NG6783S0002LG, en virtud de la cual ha quedado inscrito a favor de Grupo Antolín Soluciones, S.L su derecho de hipoteca sobre dicha finca.

Se suspende la inscripción de la estipulación C4) por los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

En la escritura reseñada Doña E. A. D. y Doña M. J. A. D. reconocen que deben a la sociedad “Grupo Antolín Soluciones, Sociedad Limitada” la cantidad de sesenta y siete mil novecientos treinta y seis euros y veinte céntimos de euros por razón de la devolución de un depósito correspondiente a garantía de obras y varios, cuyo pago deberá hacerse en el plazo de cinco años a contar desde el 10 de julio de 2019 mediante sesenta cuotas mensuales. En la misma escritura, Doña E. A. D. constituye a favor de la entidad “Grupo Antolín Soluciones, Sociedad Limitada” un derecho real de hipoteca sobre la finca registral 9684 de Cortegada. Asimismo, en la estipulación C4) dicha parte concede al “Grupo Antolín Soluciones, Sociedad Limitada”, un derecho real de opción de compra sobre la indicada finca registral 9684 de Cortegada que se ejercerá por la prestamista “en el caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales, sin cumplir la parte deudora su obligación de pago”. A continuación, se pacta un procedimiento para el ejercicio del derecho de opción y se dispone “que del valor se descontará la cantidad a que ascienda el crédito pendiente de pago y los intereses asegurados por la hipoteca constituida en la presente escritura en el momento de ejercitarse la opción de compra, así como los gastos” y “que habrá de ejercitarse en los plazos máximos que resultan del procedimiento dicho, y, en todo caso, antes del día 10 de julio de 2027”. Por último, se autoriza al optante para transmitir el derecho de opción así constituido, inter vivos o mortis causa.

Fundamentos de Derecho:

En virtud de los términos en que está pactada la opción de compra, se está vulnerando la prohibición del pacto comisorios expresamente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico por los artículos 1859 y 1884 del Código civil, ya que dicha opción se concede en garantía de la deuda con la que tiene conexión directa. Así se deduce de que el hecho determinante del nacimiento del derecho de opción, sea el impago de la deuda y que su plazo, precio o facultad de ceder el mismo a un tercero estén vinculados a la misma, lo que evidencia que la finalidad exclusiva de aquel derecho es la de posibilitar al acreedor insatisfecho la apropiación del bien en cuestión, en pago de su crédito.

Esta doctrina ha sido fijada por la Dirección General de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública en resoluciones como las de 26 de noviembre de 2008, 5 de septiembre de 2013 o la reciente resolución de 28 de enero de 2020.

En efecto, el negocio jurídico formalizado en la escritura calificada y cuya constancia registral se pretende es un derecho de opción de clara finalidad solutoria. Asimismo el derecho de opción desde el punto de vista registral debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 14 del reglamento hipotecario y especialmente el plazo máximo de cuatro años que en el se establece, el cual no se cumple en el presente caso. Además las cláusulas o pactos no pueden ser contrarios a los límites establecidos por las leyes, la moral y el orden público y entre los límites que pueden afectar a la opción, y por extensión, al contrato al que aquella obligue, en caso de que se ejercite, es relevante la prohibición del pacto comisorio establecida en los artículos 1859 y 1884 del código civil. Dicho pacto surge cuando el acreedor se reserva el derecho de apropiarse de una cosa dada en garantía. Esta facultad de apropiación la veta el código civil cuando se liga al incumplimiento de la obligación garantida; como pacto sobreañadido a una garantía real, como en el presente caso, en el que se ha constituido una hipoteca sobre el bien sobre el cual se configura además el derecho de opción. Y ello, porque altera un elemento sustancial de la garantía, como es que el ejercicio del ius distrahendi se canalice a través de uno de los procedimientos de ejecución legamente previstos.

En consecuencia, la opción de compra se concede 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 condiciona al impago de ésta, entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Asimismo, como se ha indicado, la inscripción del derecho de opción requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14 del reglamento hipotecario, en especial el plazo, puesto que aunque el citado artículo se refiere al plazo de ejercicio de la opción estableciendo que no puede exceder de cuatro años, el cómputo es desde la fecha de su constitución. Ello implica que aunque las partes concreten el período de ejercicio en la forma que tengan por conveniente, ha de ser siempre dentro de los 4 años desde la vigencia del derecho de opción, sin que pueda dilatarse estableciendo un cómputo posterior para su ejercicio, pues en tal caso, se permitiría que la opción estuviera vigente durante más de cuatro años desde su constitución. Y se confirma esta solución por analogía con el art 1508 CC que establece un plazo de 4 años para el retracto convencional en que se prevé el cómputo “desde la fecha del contrato”, tratándose de un derecho real de adquisición como el derecho de opción, que responde a la misma “ratio” que la del art. 14 RH en cuanto al señalamiento de un plazo de duración y su cómputo. (Resolución de la DGSJFP de 21 de febrero de 2013).

Por todo lo expuesto, la registradora que suscribe resuelve suspender la inscripción de la citada cláusula, en base a los anteriores hechos y fundamentos de derecho.

El asiento de presentación motivado por el presente documento queda prorrogado durante sesenta días hábiles contados a partir de la última notificación efectuada de la presente calificación.–

La presente calificación negativa es susceptible de ser (...)

Celanova a uno de Diciembre del año dos mil veinte El/la Registrador/a Interino/a de la Propiedad. Fdo: Irene Bemposta Iglesias».

### III

Contra la anterior nota de calificación, don Ángel Manuel Rodríguez Dapena, notario de Celanova, interpuso recurso el día 15 de diciembre de 2020 mediante escrito en el que expresaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«El recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador (326 LH), y la Registradora ha señalado únicamente dos defectos: la vulneración de la prohibición del pacto comisorio y el incumplimiento del plazo que el artículo 14 RH exige para la inscripción del derecho de opción.

En mi opinión, la nota de calificación incurre en el error substancial de interpretar la estipulación C 4) debatida como una mera opción de compra en función de garantía, sin hacer referencia alguna a la especificidad del caso. Y el caso específico es que la estipulación C 4) debatida se titula: “Opción de compra (con garantías procedimentales y con analogías con el pacto marciano)”, y que en dicha estipulación se regula con gran extensión (y basándose en los textos legales, en la doctrina de la Dirección General y en la jurisprudencia del TS) dicho procedimiento.

En efecto, la cuestión esencial sobre la que “debería de” versar el debate es el cumplimiento o incumplimiento en el caso concreto de lo establecido por la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020,...) y por la jurisprudencia del TS (citada en las anteriores resoluciones), a cuyo tenor literal me remito, resaltando en breve síntesis que la primera Resolución citada dice lo siguiente: “cuestión distinta es la relativa a la admisibilidad e inscribibilidad del denominado pacto marciano...; la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si esa valoración objetiva se ha producido;... que la apropiación del bien esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición debe determinarse si quedan garantizados adecuadamente los derechos de terceros (por ejemplo, los derechos de compradores o acreedores...en relación con el sobrante...”

Y reitero que el caso específico es que la estipulación C 4) debatida, bajo el título dicho, regula con gran extensión dicho procedimiento, procedimiento en el que yo, Notario autorizante, intenté dar estricto cumplimiento a lo prevenido en la citada doctrina y jurisprudencia, limitándome ahora a resaltar que según dicha estipulación el dicho derecho habrá de ejercitarse conforme al procedimiento que se regula, el cual se halla en todo momento bajo la salvaguardia del Notario, que el procedimiento de valoración del bien es objetivo («avalúo que se llevará a cabo por un Arquitecto elegido por sorteo en la Notaría de... de entre los colegiados en... y con audiencia y contradicción») y que quedan sobradamente garantizados los derechos de terceros (mediante el depósito notarial del sobrante...). Con tal regulación queda erradicado todo posible reproche de ilicitud (o inmoralidad).

El segundo defecto señalado es una cuestión secundaria que debe decaer sin más ante la resolución de la cuestión esencial anterior, y ello sin perjuicio de señalar, por ejemplo, que la RDGSJyFP de 19 mayo 2016 establece lo siguiente: «...podrá decirse que el artículo 14 RH impide la inscripción de un derecho de opción por más de cuatro años, pero también cabe entender que cuando se trata de una opción complementaria de otra figura jurídica que lo admita..., siempre que esté suficientemente delimitada, pueda acceder a los libros registrales».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 29 de diciembre de 2020, la registradora emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6, 10, 1115, 1449, 1256, 1273, 1690, 1859 y 1884 del Código Civil; 1, 9, 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (especialmente, artículos sexto, undécimo, duodécimo y decimotercero); artículos 16.2, apartados c) y e) de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles; 14 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1902, 19 de mayo de 1982, 20 de mayo de 1986, 10 de junio de 1995, 18 de febrero, 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de mayo de 1998, 15 de junio de 1999, 26 de febrero y 26 de abril de 2001, 30 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 2 y 17 de febrero de 2006, 2 de julio de 2007, 21 de enero y 5 de junio de 2008, 20 de abril de 2009, 31 de marzo de 2011, 29 de mayo de 2014, 15 de junio de 2016 y 21 de febrero de 2017; las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 12/2019, de 18 de febrero, y 16/2019, de 28 de febrero; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 10 de enero de 2001, 19 de febrero de 2002, 20 de noviembre de 2006, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 20 de julio, 20 de septiembre y 21 de octubre de 2012, 14, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 19 de mayo y 14 de julio de 2016, 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de octubre de 2020.

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

a) Mediante escritura otorgada el día 10 de julio de 2019 cuya calificación es objeto de impugnación, doña E. y doña M. J. A. D. reconocen adeudar a la sociedad «Grupo Antolín Soluciones, S.L.» la cantidad de 67.936,20 euros por razón de la devolución de un depósito correspondiente a garantía de obras y varios, realizada el día 10 de julio de 2019, cuyo pago deberá hacerse en el plazo de cinco años a contar desde este día mediante sesenta cuotas mensuales. Y, en garantía de las obligaciones derivadas de dicha deuda, doña E. A. D. constituyó a favor de dicha sociedad un derecho real de hipoteca sobre la finca registral 9.684 de Cortegada, siendo objeto de inscripción en virtud de la solicitud de inscripción en el Registro contenida en la estipulación C6 de la escritura, en la que se consiente la inscripción parcial, sin ninguna limitación, «en especial se consiente la inscripción sin inscribir la estipulación C4), y sin perjuicio de la oportuna notificación».

En la estipulación C4) de la misma escritura, la hipotecante concedió a la referida sociedad acreedora un derecho real de opción de compra sobre dicha finca registral 9.684 de Cortegada, que se ejercerá por la prestamista «(...) en el caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales, sin cumplir la parte deudora su obligación de pago», por el procedimiento que se pacta en los siguientes términos:

«El procedimiento se iniciará mediante requerimiento dirigida al Notario de Celanova (y si hubiere más de uno, al de más antigüedad en la plaza) por el titular del derecho real de opción, expresando las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos.

El dicho Notario practicará un requerimiento de pago a los deudores y al hipotecante (en los expresados domicilios en la comparecencia) indicándoles la causa y fecha del vencimiento del crédito y la cantidad reclamada por cada concepto, y advirtiéndoles que de no pagar en el término de treinta días se procederá conforme previenen los párrafos siguientes.

Transcurrido dicho plazo desde el requerimiento sin que este hubiere sido atendido, el Notario procederá a notificar la iniciación de las actuaciones a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio, si fuese distinta del deudor, así como a los titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores al derecho real de opción de compra, para que puedan, si les conviene, satisfacer antes de que se manifieste la voluntad de ejercitar el derecho de opción el importe del crédito y de los intereses y gastos.

Cumplido lo anterior, y transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y la última de las notificaciones antes expresadas, el titular del derecho real de opción le solicitará al dicho Notario el avalúo de la finca objeto de esta escritura en dicho momento, avalúo que se llevará a cabo por un Arquitecto elegido por sorteo en la Notaría de Celanova de entre los colegiados en el Colegio de Arquitectos de Ourense. El Arquitecto entregará la valoración al Notario en el plazo de quince días desde su aceptación, y el Notario lo notificará a todos los interesados, los cuales en el plazo máximo de quince días a contar desde la última notificación podrán presentar las alegaciones e informes que tengan por conveniente.

A la vista de todo lo anterior, y en el plazo máximo de otros quince días, el dicho Notario determinará la valoración definitiva del bien y se lo notificará al titular del derecho real de opción, el cual, en el plazo máximo de dos meses deberá manifestarle su voluntad firme e irrevocable de ejercitar o no dicho derecho, y deberá satisfacer el valor conforme a lo que se previene a continuación.

Del dicho valor se descontará la cantidad a que ascienda el crédito pendiente de pago de la deuda hipotecaria a que se refiere la Exposición de la presente escritura o y los intereses asegurados por la hipoteca constituida en la presente escritura en el momento de ejercitarse la opción de compra, asumiendo el optante la obligación de pagar la hipoteca.

Del dicho valor se descontará también la cantidad a que ascienda el crédito pendiente de pago y los intereses asegurados por la hipoteca constituida en la presente escritura en el dicho momento de ejercitarse la opción de compra, así como los gastos a que luego se hará referencia.

Todas estas liquidaciones serán aprobadas por el dicho Notario.

El sobrante, si hubiere acreedores posteriores, se depositará ante el dicho Notario quedando afecta a dichos créditos; satisfechos los mismos, o si no los hubiere, el sobrante se entregará al dueño de la finca.

El Notario practicará la liquidación de gastos (de su actuación y de todos los trámites seguidos), que se abonarán por el optante y se descontarán según lo dicho.

El Notario solo suspenderá las actuaciones cuando se acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento criminal por falsedad de la presente escritura o por falsedad en lo manifestado por el acreedor en cuanto a las cantidades que le han sido o no satisfechas.

Pactándose esta opción como derecho real, para su ejercicio será suficiente la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública para que quede perfeccionada la compraventa y consumada la tradición, con estricto cumplimiento de los trámites dichos.

El derecho de opción habrá de ejercitarse en los plazos máximos que resultan del procedimiento dicho, y, en todo caso, antes del día 10 de julio de 2027.

El derecho de opción aquí establecido es libremente transmisible, inter vivos (a título oneroso o gratuito) o mortis causa».

b) La escritura fue inscrita en cuanto a la garantía hipotecaria y se denegó respecto del derecho de opción, porque, a juicio de la registradora, «(...) la opción de compra se concede 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 condiciona al impago de ésta, entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Asimismo, como se ha indicado, la inscripción del derecho de opción requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14 del reglamento hipotecario, en especial el plazo, puesto que aunque el citado artículo se refiere al plazo de ejercicio de la opción estableciendo que no puede exceder de cuatro años, el cómputo es desde la fecha de su constitución. Ello implica que aunque las partes concreten el período de ejercicio en la forma que tengan por conveniente, ha de ser siempre dentro de los 4 años desde la vigencia del derecho de opción, sin que pueda dilatarse estableciendo un cómputo posterior para su ejercicio (...)».

Interesa hacer constar que en la escritura también se manifiesta que las prestatarias (e hipotecante una de ellas) «no comparecen en esta escritura en modo alguno en calidad de «consumidoras», toda vez que el dinero adeudado se destina en su totalidad al ejercicio de su actividad empresarial (en concreto, ambas son empresarias del sector de los supermercados)».

c) El notario autorizante de la escritura fundamenta el recurso interpuesto en los siguientes motivos:

La estipulación debatida se titula «opción de compra (con garantías procedimentales y con analogías con el pacto marciano)», y en dicha estipulación se regula con gran extensión dicho procedimiento (basándose en los textos legales, en la doctrina de este Centro Directivo y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo).

La cuestión esencial sobre la que debería versar el debate es el cumplimiento o incumplimiento en el caso concreto de lo establecido por la doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020) y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (citada en las anteriores Resoluciones), resaltando

que la primera Resolución citada afirma lo siguiente: «cuestión distinta es la relativa a la admisibilidad e inscribibilidad del denominado pacto marciano (...); la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si esa valoración objetiva se ha producido; (...) que la apropiación del bien esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición debe determinarse si quedan garantizados adecuadamente los derechos de terceros (por ejemplo, los derechos de compradores o acreedores (...)) en relación con el sobrante (...)».

La estipulación debatida regula con gran extensión dicho procedimiento en el que se intenta dar estricto cumplimiento a lo prevenido en la citada doctrina y jurisprudencia, de modo que se halla en todo momento bajo la salvaguardia del notario; el procedimiento de valoración del bien es objetivo (avalúo que se llevará a cabo por un arquitecto elegido por sorteo, con audiencia y contradicción) y quedan sobradamente garantizados los derechos de terceros (mediante el depósito notarial del sobrante). Con tal regulación queda erradicado todo posible reproche de ilicitud o inmoralidad.

El segundo defecto señalado es una cuestión secundaria, que debe decaer sin más ante la resolución de la cuestión esencial anterior; y ello sin perjuicio de señalar, por ejemplo, que la Resolución de esta Dirección General de 19 de mayo de 2016 afirmó lo siguiente: «(...) podrá decirse que el artículo 14 RH impide la inscripción de un derecho de opción por más de cuatro años, pero también cabe entender que cuando se trata de una opción complementaria de otra figura jurídica que lo admita (...), siempre que esté suficientemente delimitada, pueda acceder a los libros registrales».

2. Respecto de la primera de las cuestiones planteadas en este recurso, relativa a la admisibilidad del derecho de opción pactado, cabe recordar que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero y 27 de octubre de 2020, así como otras citadas en los «Vistos» de la presente) que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo». El Tribunal Supremo –Sala Primera– ha declarado reiteradamente (vid., entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquéllos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

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

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

3. Hechas las anteriores consideraciones, no es menos cierto que, como ya admitió este Centro Directivo en las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero y 27 de octubre de 2020, deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello –se añade– podría admitirse tal pacto siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de

dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión.

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

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

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

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

Como ha puesto de relieve también el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en las sentencias 12/2019, de 18 de febrero de 2019, y 16/2019, 28 de febrero de 2019, en esta línea de preocupación por que los mecanismos legales de satisfacción del acreedor respeten el carácter conmutativo de las contraprestaciones –tal como perseguía el pacto marciano– se inscriben no solo la citada regulación contenida en el Real Decreto-ley 5/2005, sino también la regulación prevista a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, pues ésta faculta el acreedor para reclamar del deudor el pago de la deuda, advirtiéndole que si no lo hace se procederá contra el bien objeto del contrato, de forma que, si el deudor procede a la devolución de la posesión del bien, el acreedor puede optar por la adjudicación directa del bien en su favor en pago de la deuda sin necesidad de venderla en pública subasta. En este caso, el riesgo de un enriquecimiento injustificado se minimiza porque «la adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no impedirá la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan, si el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor, conforme a las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el contrato, fuese inferior o superior a la deuda reclamada» –cfr. artículo 16.2, apartados c) y e)–.

Por otra parte, es indudable que, de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión, dadas las medidas tuitivas que respecto de los deudores y en relación con la ejecución de la hipoteca establecen normas imperativas como, entre otras, la Ley 5/2019, de 15 de

marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ni la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Hipotecaria. Pero no es este el caso a que se refiere el presente recurso, en el que, como se manifiesta expresamente en la escritura calificada, las prestatarias (e hipotecante una de ellas) no la otorgan en modo alguno «en calidad de «consumidoras», toda vez que el dinero adeudado se destina en su totalidad al ejercicio de su actividad empresarial (en concreto, ambas son empresarias del sector de los supermercados)».

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

Analizando la transcrita estipulación C4) de la escritura objeto de calificación, se comprueba que encaja en los esquemas conceptuales del denominado pacto marciano y se ajusta a los parámetros antes enunciados para admitir su validez. No debe tampoco olvidarse que es precisamente la intervención notarial, en las diversas fases del ejercicio de la opción de compra (tanto de los presupuestos de tal ejercicio, como su puesta en ejecución), la que sirve para dotarla no solo de autenticidad, sino de adecuación a derecho, dado el deber genérico que se impone al notario de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza. La flexibilidad y rapidez que resultan de las previsiones negociales adoptadas por las partes –ya reseñadas y con el soporte y exigibilidad de una rigurosa actuación notarial– permiten acreditar la liquidación de la deuda y el ejercicio de la opción con las máximas garantías jurídicas, así como la realización de una justa valoración del bien en evitación de un posible enriquecimiento injusto.

Las concretas previsiones adoptadas, tanto las relativas a las evidentes garantías procedimentales pactadas, como en referencia a la tasación en cuanto instrumento de adecuada valoración del bien (valor referido al que tenga al tiempo del ejercicio de la opción, tal y como previene la estipulación cuestionada en la calificación impugnada), alejan el peligro de que un valor fijado en el momento de convenirse tal pacto se torne en inequitativo al tiempo en que se pretenda ejercitar la opción; lo que sin duda refuerza el equilibrio entre las partes –conmutatividad– y aleja el peligro de un posible enriquecimiento injusto. Y lo mismo sucede con la previsión que tiene igualmente en cuenta los posibles derechos de terceros afectados («el sobrante, si hubiere acreedores posteriores, se depositará ante el dicho Notario quedando afecta a dichos créditos; satisfechos los mismos, o si no los hubiere, el sobrante se entregará al dueño de la finca»).

En definitiva, el primero de los defectos invocados por la registradora debe ser revocado.

5. Según el segundo defecto expresado en la calificación, considera la registradora que «aunque las partes concreten el período de ejercicio en la forma que tengan por conveniente, ha de ser siempre dentro de los 4 años desde la vigencia del derecho de opción, sin que pueda dilatarse estableciendo un cómputo posterior para su ejercicio, pues en tal caso, se permitiría que la opción estuviera vigente durante más de cuatro años desde su constitución».

Sobre esta objeción es cierto que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario dispone que «será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: (...) Tercera.

Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento».

En vía de principios, de dicho precepto se deriva que para poder acceder a los libros registrales el derecho de opción debe estar necesariamente sujeto a plazo y este no debe exceder el de cuatro años, aunque es bien cierto que también el propio precepto permite un plazo superior en el supuesto de arrendamiento con opción de compra.

No obstante, como ya ha tenido ocasión de declarar este Centro Directivo (cfr. Resolución de 19 de mayo de 2016), un derecho de opción que forma una unidad con otro negocio jurídico distinto del arrendamiento o que se ejercita sobre un derecho real distinto del pleno dominio produce una dependencia que no puede ser ignorada por el ordenamiento jurídico. De otra forma sería imposible el avance y adaptación del derecho al devenir de los tiempos.

En todo caso, debe reunir los requisitos requeridos por el ordenamiento jurídico; fundamentalmente que exista una causa justificada y que se respeten las exigencias impuestas en favor de terceros por el sistema registral, con pleno respecto al principio de autonomía de la voluntad y a la libertad en la creación de nuevas formas jurídico-reales, exigiéndose que el derecho constituido tenga la suficiente claridad y certeza como para dotarla de efectos erga omnes.

Podría decirse, por tanto, que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario impediría la inscripción de un derecho de opción por más de cuatro años, pero también cabe entender que cuando se trata de una opción complementaria de otra figura jurídica que lo admita, siempre que esté suficientemente delimitada, pueda acceder

a los libros registrales configurada al amparo de los principios de libertad civil y numerus apertus en materia de derechos reales. Y este es el caso del presente recurso, pues esa complementariedad respecto del negocio principal haría inviable la opción si ésta se limitara estrictamente a cuatro años.

Por consiguiente, también debe revocarse este segundo defecto.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 15 de marzo de 2021. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.