

## III. OTRAS DISPOSICIONES

### MINISTERIO DE JUSTICIA

**6398** *Resolución de 28 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de A Coruña n.º 2 a inscribir determinada opción de compra.*

En el recurso interpuesto por doña R. Z. B., en representación de la sociedad «Gura Gestión, S.L.», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de A Coruña número 2, doña Ana María Raposo Conde, a inscribir determinada opción de compra.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de A Coruña, don Raúl Gerardo Muñoz Maestre el 10 de mayo de 2017 (con número de protocolo 2.020), la sociedad «Promociones Proselga, S.L.» confesó recibida (estipulación primera de la escritura), la cantidad de un millón cien mil euros de la entidad «Gura Gestión, S.L.» en concepto de préstamo, cuyo pago debería realizarse en una única cuota con vencimiento el 10 de mayo de 2019. Además, se acordó lo siguiente: «...e.3) Las partes convienen expresamente en este acto, que el ochenta por ciento (80%) del precio de venta de cada una de las fincas objeto de la presente, será destinado íntegramente, por la parte prestataria, a la amortización del préstamo, intereses y demás gastos que se originen con motivo de la formalización de la presente escritura, y hasta la amortización total del presente préstamo».

En la misma escritura (estipulación segunda), «Promociones Proselga, S.L.» constituyó, a favor de «Gura Gestión, S.L.» un derecho de opción de compra gratuito sobre las once fincas y las correspondientes participaciones indivisas de la finca registral número 97755, con facultad de la adquirente de concretar, al tiempo del ejercicio de la opción de compra, la participación indivisa que se transmitiría conjuntamente con cada una de las otras once viviendas, y hasta un máximo total de once plazas de garaje y tres trasteros; opción que «se ejercerá por la prestamista únicamente en el supuesto que se produzca impago del préstamo y sus intereses por la parte prestataria, una vez transcurridos los 24 meses de plazo, respecto de las fincas que no hayan sido previamente vendidas y hasta el límite de la cuantía adeudada del préstamo. Añadiéndose: «Plazo.—La presente opción se concede por el plazo de seis meses, a contar desde la finalización del plazo de duración (24 meses) del préstamo, anteriormente pactado, sin perjuicio de interpretar y aceptar las partes. Que este derecho real de adquisición nace y se solicita su constatación registral desde la fecha de la presente escritura».

Se pactó, para el caso de ejercicio de la opción, un precio de cien mil euros por cada una de las fincas y participación indivisa correspondiente, «si bien, el importe de esta contraprestación se verá reducido en el saldo pendiente de amortizar del préstamo objeto de la presente, a modo de dación en pago, y gastos e impuestos que se devenguen al comprador optante en dicha operación». Por último, en la escritura se preveía que la sociedad optante habría de requerir a la concedente de la opción, previa y fehacientemente, para que, en un plazo no superior a quince días, a contar desde tal requerimiento, compareciera en la notaría que se le indicara a fin de formalizar la correspondiente escritura de compraventa; y para el caso de que transcurrido dicho plazo no atendiera al requerimiento, la concedente confería poder en la escritura negativamente calificada para que el optante, por sí solo, pudiera otorgar la escritura de compraventa en ejercicio de la opción, dentro del plazo previsto y previo pago del precio,

«(salvo en el supuesto de la dación antes citada) y ofrecimiento al cedente». Y a continuación se añadía: «A tal efecto, y en cuanto pudiere ser necesario el consentimiento de la parte cedente del derecho de opción, esta otorga a favor del cesionario irrevocable poder a tal fin, y con libertad para consignar las circunstancias de la venta. Dicha facultad estará limitada hasta el máximo de la cantidad adeudada...» El optante queda facultado en este acto por la concedente a ceder la opción que en esta escritura se constituye a la persona física o jurídica que determine, una vez haya vendido el plazo de 24 meses de duración del préstamo y por las cantidades que se adeuden, prestando desde este momento el consentimiento para la plena eficacia de la cesión de la opción».

## II

Presentado el citado título en el referido Registro de la Propiedad de A Coruña número 2, fue objeto de la siguiente calificación negativa por la registradora, doña Ana María Raposo Conde:

«(...) Hechos:

En la escritura calificada la mercantil “Promociones Proselga, S.L.” confiesa recibida la cantidad de un millón cien mil euros de la entidad “Gura Gestión, S.L.” en concepto de préstamo, cuyo pago deberá realizarse en una única cuota con vencimiento el 10 de mayo de 2019. En la misma escritura “Promociones Proselga, S.L.” constituye a favor de la entidad “Gura Gestión, S.L.”, Sociedad Unipersonal, un derecho de opción de compra gratuito sobre las fincas registrales números 97791, 97793, 97809, 97775, 97767, 97769, 97789, 97801, 97803, 97815, 97819 y las correspondientes participaciones indivisas de la finca registral número 97755, con facultad de la adquirente de concretar al tiempo del ejercicio de la opción de compra la participación indivisa que se transmite conjuntamente con cada una de las otras once fincas, y hasta un máximo total de once plazas de garaje y cuatro trasteros, que “se ejercitará por la prestamista únicamente en el supuesto que se produzca impago del préstamo y sus intereses por la parte prestataria, una vez transcurridos los 24 meses de plazo,...”. Se pacta un plazo de 6 meses para el ejercicio de la opción, a contar desde la finalización del plazo de duración –24 meses– del préstamo. Asimismo, se señala un precio, para el caso de ejercicio de la opción, de cien mil euros por cada una de las fincas y participación indivisa correspondiente, si bien, el importe se verá reducido en el saldo pendiente de amortizar del préstamo objeto de la presente. Por último, se autoriza al optante para cederla opción que en esta escritura se constituye a la persona física o jurídica que determine, una vez haya vencido el plazo de 24 meses de duración del préstamo y por las cantidades que se adeuden».

Fundamentos de Derecho:

Dados los términos en que está pactada la opción de compra, se está vulnerando la prohibición del pacto comisorio expresamente prohibido por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, ya que dicha opción se concede en garantía de la deuda con la que tiene una conexión directa. Así se deduce de que sea el impago del préstamo el que determine el nacimiento del derecho de opción, y que su plazo, precio o facultad de ceder el derecho de opción a un tercero estén vinculados al préstamo, 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 (Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 10 de junio de 1986, 5 de mayo de 1992, 29 de septiembre de 1987, 30 de septiembre de 1998 y 26 de noviembre de 2008, entre otras).

El Registrador que suscribe, teniendo el defecto señalado el carácter de insubsanable, acuerda denegar la inscripción de la escritura de opción de compra precedente.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación (...)

Contra la presente nota de calificación cabe recurso (...)

A Coruña, treinta de septiembre de dos mil diecinueve. La Registradora de la Propiedad N.º Dos de A Coruña.»

### III

Por escrito con entrada en el referido Registro de la Propiedad el 30 de octubre de 2019 (subsanoado por otro con entrada el día siguiente), la letrada doña R. Z. B., en representación de la sociedad «Gura Gestión, S.L.», interpuso recurso contra la anterior calificación, en el que alega lo siguiente:

«(...) Primero. De los antecedentes históricos, naturaleza y características del pacto comisorio. Fundamentos de la prohibición.

El pacto comisorio, como fundamento único de la calificación negativa, puede definirse como aquel acuerdo entre acreedor y deudor por mor del cual se le permite al primero la apropiación directa de la cosa dada en garantía ante el incumplimiento, por parte del segundo, de la obligación que tiene asumida.

A lo largo de este Recurso Gubernativo justificaremos que tales notas definitorias, así como su inherente naturaleza y propias características, que ahora vamos a exponer, no se dan en el presente escenario concurrente y que, por ende, la opción de garantía contemplada, per se y en los términos en que está pactada, en la citada Escritura Pública no vulnera en modo alguno la prohibición del pacto comisorio expresamente prevenida en los Artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil.

Pues bien, este tipo de acuerdo o pacto, históricamente, ha sido objeto de una interpretación rígida y restrictiva, y rechazado al objeto, entre otras cuestiones, de proteger a terceros y evitar abusos por el acreedor, un enriquecimiento injusto de los acreedores, la constitución de negocios inmorales y contrarios a las buenas costumbres, así como la desnaturalización de determinadas garantías, etc... La evolución, no solo del entorno socioeconómico, si no de la Jurisprudencia y Doctrina han venido a depurar la interpretación de la potencial vulneración de la prohibición del pacto comisorio hacia fórmulas más flexibles y a admitir su plena validez en las opciones de compra mediante la reconducción de las mismas a la fórmula del denominado Pacto Ex intervalo.

Con carácter previo, procede ahora desarrollar los concretos fundamentos de la prohibición del Pacto Comisorio para confirmar que el supuesto objeto de examen está muy lejos de poder ser definido y catalogado como tal. A saber:

1. La necesidad de seguir las formalidades procesales y procedimentales y la imposibilidad de autosatisfacción: Existen quienes atribuyen como fundamento de la prohibición del pacto comisorio razones estrictamente procesales y la defensa de la estructura típica de los derechos reales de garantía (a. e. Don... y Doña...). La propia naturaleza real o personal de la garantía es una cuestión que merece ser destacada y máxime en casos como éste, como luego se expondrá, independientemente de la pretensión lógica de proceder a la inscripción de la escritura.

Ello es así debido al rechazo a la disponibilidad por los particulares del procedimiento para la ejecución de las garantías. Sin embargo, este razonamiento ha ido perdiendo fuerza con el tiempo y así lo ha ido reconociendo la propia Doctrina y la Jurisprudencia, ya que, tal y como se ha demostrado en la práctica, cubiertas las expectativas de equidad en las partes, los mecanismos de defensa a través de los procedimientos de la ejecución pueden flexibilizarse al servicio de los principios materiales. La equidad en el caso presente, tal y como más adelantese expondrá es total y absoluta.

De hecho, en la actualidad, nada impide que el acreedor pueda adquirir los bienes ejecutados en garantía de su crédito, sujeto siempre a las reglas establecidas para ello. Así, el artículo 1872 del Código Civil lo admite para el caso de las prendas (en el caso de

que se celebren dos subastas sin resultado) y, para el caso de las hipotecas, lo contemplan los artículos 650.4 y 670.4 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (sobre subasta pública de bienes hipotecados, muebles e inmuebles respectivamente) por remisión del artículo 691.4 del mismo Cuerpo Legal.

En cualquier caso, en el concreto supuesto, como puede observarse del contenido propio de la citada Escritura, para que esta parte pueda hacer uso del ejercicio de la opción de compra pactada, se establece un específico procedimiento que requiere, sí o sí, de la participación de la mercantil Promociones Proselga S.L. –entidad prestataria– y que desde luego no permite en modo alguno, la autosatisfacción de esta parte, mediante el ejercicio unilateral de la referida Opción.

Y en este punto, merece la pena destacar que la virtualidad y eficacia de la garantía está condicionada a que el inmueble en concreto permanezca en el patrimonio de Promociones Proselga, S.L. y no haya sido transmitida con anterioridad. Es decir, no se trata de una garantía susceptible de ejercicio frente a terceros y por lo tanto, esta situación es perfectamente equiparable al supuesto de las subastas sin resultado. Deudor y objeto de la garantía en este sentido no están cautivos por la garantía constituida y en este sentido está muy lejos de poder ser catalogado como un pacto comisorio.

2. La defensa del deudor y la «inmoralidad» del pacto. Es la razón aducida por la mayor parte de la Doctrina y que encuentra su fundamento en la protección del deudor para impedir situaciones de abuso de una de las partes sobre la otra. Este motivo subyace en la evolución de la Jurisprudencia para la cual la razón para prohibir el pacto comisorio recae en la «inmoralidad» de permitir al acreedor aprovecharse de una situación angustiosa del deudor para exigirle una garantía desproporcionada.

Sin embargo, como posteriormente se desarrollará como merece, la citada operación –plasmada en la formalización de la citada Escritura de 10 de Mayo de 2017– no contiene inmoralidad alguna en el sentido de que esta parte no se aprovecha, en absoluto, de la situación de Promociones Proselga S.L. sino, al revés, ésta supuso la culminación de un proceso desarrollado a tres bandas donde todos los intervinientes aportaron sus condiciones para su posible conclusión y garantizándose todos, incluidos, también Promociones Proselga S.L., la satisfacción de sus intereses:

– El Sareb, tercero a los efectos de este proceso, si bien admitía una quita importante respecto del crédito de su titularidad, obtenía una importante inyección de liquidez y recuperaba de una forma rápida y eficaz, prescindiendo de procesos mucho más complejos y lentos, una parte importante del principal.

– Mi Representada accedía a una operación que les reportaba un interés importante, garantizada además con unos activos muy interesantes cuya recolocación en el mercado por su titular –Promociones Proselga S.L.– parecía factible y relativamente sencilla en dicho contexto socio económico de reactivación del sector inmobiliario.

– Promociones Proselga, S.L, principal interesado en la operación, lograba en primer lugar una quita importante respecto de la deuda pendiente, levantaba las cargas que recaían sobre los inmuebles, cuya ejecución era inminente e inevitable y recuperaba la posibilidad de vender los inmuebles en el mercado y así, con el producto de dicha venta, cancelar el préstamo recién suscrito con mi Dicente y acceder a un beneficio potencial que de otro modo resultaba imposible.

De hecho, Promociones Proselga, S.L. es sin duda alguna, la parte más beneficiada con la operación en la medida que, frente a una situación de despatrimonialización total, con la ejecución de la garantía por la Sareb, recupera la plena disponibilidad de unos activos, y logra además una quita muy reseñable. En concreto, como se verá, Promociones Proselga S.L. que adeudaba a la Sareb, la suma de 3.580.060,92 € obtiene una quita de 1.330,060,92 €. Y ésta era la deuda líquida, vencida y exigible, no la real que efectivamente mantenía la primera para con la segunda.

Dicho beneficio es manifiestamente superior al que hubiera obtenido mi mandante en un supuesto de normal cumplimiento del contrato y que se concretaría con el tipo de interés. El montante total que mi Principal habría obtenido sería, en atención a los

intereses pactados, de 308.000,00 € y todo ello, sin tener en cuenta el coste de financiación que para esta parte suponía esta operación.

3. El respeto al Principio de «Par conditio creditorum» y la protección de terceros acreedores. En virtud de este fundamento, la Doctrina alega la necesidad de proteger también el interés de los demás acreedores, ya que, un hipotético empobrecimiento injusto del deudor podría hacer disminuir la garantía patrimonial y las expectativas de cobro del resto de acreedores, viéndose éstos perjudicados por ello.

En nuestro concreto supuesto, resulta obvio que se respeta escrupulosamente el Principio de «Par conditio creditorum» ya que no existen terceros acreedores que deban ser objeto de la debida protección. Además, nótese que la ejecución de la garantía previa de la que disfrutaba del SAREB habría despatrimonializado absolutamente la compañía. En definitiva, ni hay terceros cuyos intereses deban ser ponderados, ni se provoca una situación diferente de aquella vigente en su momento. Por todo lo anterior, podemos concluir que la opción de garantía contemplada, en los términos en que está pactada, en la citada Escritura Pública no vulnera en modo alguno la prohibición del pacto comisorio expresamente prevenida en los Artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil.

Segundo. De la validez y licitud del contrato de préstamo con opción de compra en garantía. De la inexistencia de vulneración de la prohibición del pacto comisorio.

Comenzaremos, recordando que ya desde antiguo, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencias tales como la de 16 de Mayo de 1.983, de 2 de Junio de 1.982, 9 de Diciembre de 1.981 y 27 de Junio de 1.980 –entre otras muchas– reconoce la validez y eficacia de los Contratos en que se contiene una opción de compra sobre un inmueble constituida en garantía, como seguridad de la devolución de un préstamo dinerario; significando la unión de dos negocios, uno de carácter positivo y naturaleza real, cual es la opción de una atribución patrimonial y otro de naturaleza obligacional que es la obligación de restitución. Todas estas sentencias y la doctrina que subyace en las mismas convalidan la naturaleza y la arquitectura de este concreto tipo de operaciones, despojándoles de cualquier atisbo de ilegitimidad como erróneamente, dicho con el debido respecto, entiende el Sr. Registrador.

En este sentido, no debe centrarse exclusivamente la atención en «el plazo, precio o facultad de ceder el derecho de opción se a un tercero estén vinculados al préstamo» –sic– como indica el Sr. Registrador del Registro de la Propiedad n.º 2 de A Coruña ya que en el concreto préstamo con opción de compra controvertido se incluyen infinidad de matices y situaciones que nos permiten defender, y así lo quisieron las partes, que la financiación y la garantía ofrecida fueran absolutamente legítimas.

Así, como tiene sentado nuestra jurisprudencia, en estos Contratos atípicos y dada «/.../ la variedad de formas que pueden revestir tales acuerdos, no puede darse un criterio general que sirva para resolver todos estos casos, debiendo resolverse cada uno en base a sus concretas circunstancias concurrentes/.../» Entre otras, la SAP de Madrid de 3 de marzo de 2015 que cita, a su vez, a nuestro Tribunal Supremo.

Sentado lo anterior y de conformidad a la consolidada Jurisprudencia –citamos de nuevo la SAP de Madrid de 3 de Marzo de 2.015– se debe tener en cuenta que: «/.../se denomina pacto comisorio a aquella estipulación por la que, para el caso de que el deudor incumpla la obligación principal garantizada, se faculta al acreedor para, prescindiendo de los procedimientos formalmente establecidos al efecto para realizar el valor del bien que constituye la garantía, hacerla suya, apropiándose y deviniendo dueño de la cosa dada en garantía/.../». (...)

En este sentido, recordemos –propio tenor literal del Contrato– que para que esta parte pueda ejercitar la referida opción de compra pactada en garantía, resulta requisito indispensable: un previo incumplimiento por parte de Promociones Proselga S, L. que le debe ser necesaria y fehacientemente comunicado por mi Mandante y, asimismo, que el citado inmueble se encuentre en el patrimonio de la misma.

La citada Escritura de 10 de mayo de 2017 no representa vulneración alguna, no contraviene el pacto comisorio. Los supuestos previstos para el ejercicio de la opción, las valoraciones conferidas a los inmuebles y su modo de ejercicio, así como la contra prestación existente para tal caso, fueron objeto de negociación primero y acuerdo después y alejan de modo claro y concluyente su catalogación como pacto comisorio.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 febrero 1988 –que confirma la Sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres de fecha 5 de marzo de 1986– según sigue:

«/.../1.º Que la Caja de Ahorros y Monte Piedad de Cáceres, le fue otorgado el derecho de opción de compra sobre las fincas pertenecientes a los demandados que se describen en el hecho 2.2 de la demanda, en el precio y plazo, y demás condiciones fijadas en la escritura de 19 de diciembre de 1983, otorgada ante Notario de Cáceres, con el n.º 2211 de su Protocolo; que la Institución demandante ejercitó en tiempo y forma tal derecho de opción notificándolo notarialmente a los demandados dentro del plazo convenido. 3.º Que los demandados citados están obligados a otorgar escritura de compraventa sobre la totalidad de las aludidas fincas, a favor de la Caja de Ahorros y Monte Piedad de Cáceres, en las condiciones convenidas en la escritura de 19 de diciembre de 1983. /.../» (La negrita y el subrayado han sido adicionados).

La referida Sentencia de nuestro Alto Tribunal, de 3 de febrero de 1.988, confirma, como se ha dicho, la Sentencia de segunda Instancia y declara, ante dicho supuesto enjuiciado, que no procede la declaración de nulidad del Contrato de Opción de Compra formalizado como garantía del cumplimiento de una deuda y ello, toda vez que:

«/.../el hecho que motiva el otorgamiento de la escritura pública de 19 de diciembre de 1983 es, fundamentalmente, el garantizar el pago de una deuda y, como consecuencia de ello, el reconocimiento de ésta y como sistemas de garantía, la opción de compra, el poder para vender, irrevocable como nacido de pacto, la posibilidad de adjudicación en pago de deuda y el aval/.../».

En el supuesto ut supra transcrito se declara la conformidad a derecho de una garantía constituida mediante un contrato de opción de compra ejecutable a través de un poder irrevocable. En este sentido debemos indicar que, en el presente escenario concurrente, la opción de compra otorgada, en garantía, a favor de mi Mandante puede ser ejercitada, en caso de incumplimiento y previa comunicación fehaciente a Promociones Proselga S.L. (lo que implica su necesaria autorización) por mor de un poder; que esta última ha revocado, tal y como se acredita con la citada Revocación (...)

Sentado lo anterior, debemos poner de relieve la consolidada Doctrina del Tribunal Supremo que deja sentadas las notas propias que debe revestir un Contrato de Préstamo por el que, de forma accesoria y como garantía, el prestatario concede al prestamista una Opción de Compra y ello, para que éste tenga carácter legal y sea ajustado a Derecho. «La Jurisprudencia ha venido admitiendo con cierta amplitud las garantías reales atípicas, incluso mediante la formulación de negocios complejos, la utilización de negocios indirectos, u otros mecanismos jurídicos».

En efecto, la primera de las Sentencias de nuestro Alto Tribunal, de gran calado, por la que se reconoce la validez y eficacia del meritado pacto accesorio es la de 20 de mayo de 1986, por mor de la cual se dispone lo siguiente:

«/.../ Sin que sea óbice de lo expuesto, la calificación que, en términos peyorativos, se da por el recurrente a los contratos de opción de compra como fiduciarios, pues aparte de que la doctrina les tiene reconocida su licitud en principio –Sentencias de veintiocho de enero de mil novecientos cuarenta y seis, tres de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco y nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y uno –, es preciso resaltar, que aquí no se trata de verdadero negocio fiduciario, puesto que éste requiere la coexistencia de una convención expresa y exteriorizada, que normalmente tiene un mayor alcance jurídico que el económico propuesto por las partes en la convención tácita o no exteriorizada, ("ad exemplum" la compraventa con pacto de retro), pero es el caso

que en lo que aquí acontece, no hay pacto tácito ni encubierto que disimule la voluntad real de las partes, pues los términos de los contratados analizados son expresivos y no dejan lugar duda.»

«/.../El mandato que impone el artículo mil doscientos ochenta y cinco del Código Civil aplicado rectamente a los contratos privados de préstamos y a las escrituras públicas de opción de compra paralelas de aquéllos con los que forman un conjunto convencional armónico, determinan evidentemente, que al producirse el incumplimiento de pago de intereses y principal, los acreedores, tenían expedida tanto la vía ejecutiva ordinaria para la efectividad de lo adeudado, como el ejercicio de la opción de compra, que como estricta garantía de pago se habían formalizado notarialmente, lo que se trasluce obviamente, de la lectura de dichos documentos contratantes de los negocios jurídicos, principal de préstamo y accesorios de garantía /.../ y ello se infiere, desde el momento que la opción de compra no puede ejercitarse cuando los deudores cumplan sus obligaciones de pago que con este motivo contraían (cláusula sexta) y en cambio, pueden ejercitarse la acción ejecutiva ordinaria además del ejercicio de la opción de compra según el exponendo tercero y cláusula tercera de los contratos de préstamo /.../ conforme a lo prevenido en el artículo catorce del Reglamento Hipotecario, es exactamente el mismo del préstamo, por principal, efectuado por cada uno de los titulares del derecho de opción, ahora demandantes y sin que sea óbice de lo expuesto, la calificación que, en términos peyorativos, se da por el recurrente a los contratos de opción de compra como fiduciarios, pues aparte de que la doctrina les tiene reconocida su licitud en principio, es preciso resaltar, que aquí no se trata de verdadero negocio fiduciario, puesto que éste requiere la coexistencia de una convención expresa y exteriorizada que normalmente tiene un mayor alcance jurídico que el económico propuesto por las partes en la convención tácita o no exteriorizada pero es el caso que en lo que aquí acontece, no hay pacto tácito ni encubierto que disimule la voluntad real de las partes, pues los términos de los contratos analizados son expresivos y no dan lugar a la menor duda.

El tercer motivo con igual sede en el número quinto del artículo mil seiscientos noventa y dos, acusa la infracción de los artículos mil ciento treinta y uno –primero y mil ciento treinta y seis- primero del Código Civil por aplicación indebida, en concordancia con la Jurisprudencia, cuyas sentencias invoca, que ha de fracasar, porque no es cierto tal como se afirma en la exposición del motivo que en la sentencia se sostenga que hay una obligación alternativa; no, la sentencia recurrida mantiene con claridad la tesis de que por los recurrentes no había más que una única obligación contraída, la de devolver a su vencimiento, dentro de los tres años de verificado el préstamo, el capital y los intereses estipulados pero con una facultad alternativa a favor del acreedor, para caso de incumplimiento de esa única obligación –insistimos– y para resarcirse de los perjuicios económicos derivados de tal incumplimiento, cual es la del ejercicio de la acción ejecutiva personal de reclamación de deuda o la de hacer efectiva la acción de compra pactada como garantía de carácter real, y ciertamente que la primera de esas facultades era innecesario pactarla, puesto que surge como derecho con fuerza inmanente de los artículos mil ciento veinticuatro y mil novecientos once del Código Civil y quizá por ello se indicó en esa cláusula novena, donde se expresa la posibilidad de ejercicio de la acción ejecutiva, con el subrayado del adverbio «desde luego», que refuerza el entendimiento de lo dicho anteriormente.

Y muchos son los Autores que defienden la admisibilidad de las Opciones de Compra en garantía sin estimar una vulneración de la prohibición del denominado Pacto Comisorio. A.e. (...)

Ello es así porque a diferencia de lo que ocurre con el «negocio fiduciario», en las Opciones de Compra en garantía; (i) el deudor continúa siendo el propietario del bien dado en garantía y el acreedor únicamente adquiere una titularidad de un derecho que sólo podrá ejercitar en el supuesto en el que el deudor incumpla las obligaciones que bajo el contrato de financiación haya asumido frente al acreedor; y (ii) no es necesario distinguir entre apariencia y realidad, deduciéndose la función de garantía de la simple

lectura de los términos de su título constitutivo y no de la simulación de un negocio encubierto y (iii) siendo además condición indispensable que el inmueble sobre el que recae la garantía permanezca en el patrimonio de la prestataria y no haya sido objeto de transmisión. Por tales motivos, y teniendo en cuenta que la mercantil Promociones Proselga S.L. es quién continúa siendo la titular de las doce (12) Fincas Regístrales dadas en garantía y que mi Mandante, únicamente, puede adquirir la titularidad en caso de incumplimiento, por la primera, de las obligaciones asumidas por mor del citado Contrato de Préstamo, debe concluirse –amén del carácter legal y ajustado a Derecho– que el mentado Derecho de Opción de Compra en garantía permite un equilibrio entre los intereses de la parte Acreedora (mi Dicente) y de la parte Deudora (Promociones Proselga S.L.); el cual no conlleva un enriquecimiento injusto ni supone una práctica abusiva pero, eso sí, permite a mi Representada, ante un incumplimiento de la citada mercantil, disponer de un ajustado mecanismo expeditivo para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda.

En este sentido, debemos recordar que la Doctrina ha admitido de forma unánime esta modalidad de pacto (una vez incumplida la obligación, ante tal supuesto, el acreedor se queda con la cosa dada en garantía en satisfacción de la deuda).

Lo anterior, ya que en estos casos no existe riesgo de enriquecimiento injusto por parte del acreedor, toda vez que el deudor ha tenido la posibilidad de no acceder al pacto en cuestión para no tener, por tanto, que soportar la «dación en pago de la cosa», ya que si hubiese satisfecho la deuda a su vencimiento, o hubiera procedido a su transmisión por el precio pactado, el acreedor no se habría visto obligado a hacer uso de este mecanismo o, en su defecto, no hubiera si quiera tenido derecho al mismo. Se articula, por tanto, como una posibilidad libremente acordada entre acreedor y deudor al amparo del Principio de Libertad Contractual (Artículo 1.255 del CC).

Tercero. Del pacto ex intervalo.

Item más. Como ahora se expondrá y acreditará, sin perjuicio de mantener una defensa íntegra de la operación por no encontrarse catalogable como pacto comisorio, debe ponerse en valor una circunstancia adicional y que consiste en que la deuda de la mercantil Promociones Proselga S.L., independientemente de su importe y acreedor, es anterior a la indicada Escritura de 10 de mayo de 2017 cuya inscripción se deniega.

Una de las cuestiones más controvertidas en la actualidad respecto al pacto comisorio gira en torno a la determinación de los límites de la prohibición que éste supone y su admisibilidad en determinadas circunstancias, con las debidas cautelas. En este sentido, el Tribunal Supremo y la DGRN han declarado la validez de determinados acuerdos, cuya eficacia sería dudosa de aplicarse sus propios términos si no se tuvieran en cuenta las necesarias matizaciones y los criterios que justifican su validez.

Por las razones que posteriormente se entenderán, interesa al derecho de esta parte traer a colación, de forma sucinta, una conocida figura en este ámbito, el Pacto Ex Intervallo y que con carácter subsidiario justificaría en cualquier caso su inscripción y salvar cualquier duda que pudiera existir respecto de su consideración como pacto comisorio.

Como ya se ha indicado precedentemente, la prohibición del pacto comisorio tiene su máximo sentido cuando dicho pacto tiene lugar en el momento constitutivo de la garantía real. Por lo tanto, de estas premisas, se colige que no existe duda respecto a la admisibilidad de aquel pacto avenido en un momento posterior a la concesión del crédito y al negocio constitutivo de la garantía. Así lo ha reconocido la mayor parte de la doctrina (... , entre otros) y la sentencia del TS de 16 de mayo de 2000 en virtud de la cual se establece que «la prohibición del pacto comisorio hace referencia únicamente al pacto contemporáneo (previo o simultáneo) a la generación del crédito, no a las adjudicaciones o transmisiones posteriores en pago».

Sin perjuicio de lo expuestos precedentemente, de forma subsidiaria, solicita esta parte que el negocio contenido en la citada Escritura de 10 de mayo de 2017 sea tratado, mutatis mutandi, como un Pacto Ex Intervallo.

En este sentido, debemos explicar el contexto real del que surge la operación, finalmente, formalizada en la precitada Escritura de 10 de mayo de 2017. La mercantil Promociones Proselga S.L. es titular de una relación de fincas – inscritas en el Registro de la Propiedad n.º 2 de A Coruña– que se corresponden todas ellas, con una promoción inmobiliaria en la ciudad de A Coruña –concretamente, en la calle Calvo Sotelo– y que constituyen el único activo de la sociedad.

En el mes de mayo de 2017, la citada mercantil se encuentra en una situación de grave dificultad económica, sin liquidez para hacer frente a determinados créditos titularidad de la Sareb, quién en legítimo ejercicio de sus derechos iba a proceder de forma inminente a la ejecución inmediata de la garantía que gravaba dichos inmuebles, liquidando la deuda y despojando a Promociones Proselga S.L. de la titularidad de su único activo, las referidas fincas de la promoción inmobiliaria desarrollada de la calle (...)

En este contexto y a instancias de la indicada Sociedad, mi Dicente concede una importantísima inyección de liquidez a Promociones Proselga S.L. para que ésta pudiera renegociar dicha deuda con la Sareb, lograr una muy importante y considerable quita, cancelar totalmente las cargas que gravaban los inmuebles y recuperar la posibilidad de gestionar la venta de dicha promoción.

Lo anterior, podía haber sido articulado mediante una cesión del crédito por el que la acreedora inicial, la Sareb, cediera su crédito –o lo que es lo mismo, la deuda de Promociones Proselga S.L.– a mi Mandante. Sin embargo, por cuestiones diversas, dicha operación se formaliza mediante el otorgamiento de la citada Escritura de 10 de mayo de 2017 en la que, en puridad, se produce una novación subjetiva de la persona jurídica acreedora –que ya no es la Sareb, sino mi Principal– y una cesión del crédito a favor de esta parte, por el mero hecho del propio pago realizado a la Sareb. De estas premisas, se colige que la deuda no surge en el momento de suscripción del meritado Instrumento Público cuya inscripción es calificada negativamente por el Sr. Registrador del Registro de la Propiedad n.º 2 de A Coruña.

Sentado lo cual, tiene lugar la suscripción de la mentada Escritura con un derecho de Opción de Compra en garantía. Derecho de Opción de Compra que, hace las veces, de garantía de dación en pago. Esto es, si la Sareb hubiera ejecutado su garantía, despojando a la mercantil Promociones Proselga S.L. de las fincas que constituían su único activo, tal actuación se reputaría, sin duda ninguna, como legal al ser un claro ejemplo de dación en pago. E igualmente válida hubiera sido considerada la constitución de un derecho de opción de compra a ejecutar en caso de impago de la deuda que ya entonces era vencida, líquida y exigible. Pues idéntica finalidad y no otra, es la que tiene la opción de compra plasmada en la indicada Escritura Pública y sin que la novación subjetiva y objetiva operada deba impedir su inscripción.

A los efectos acreditativos oportunos se añade como Documento n.º 4, la Escritura de Cancelación de Hipoteca otorgada, con fecha 10 de mayo de 2017, ante la fe del Notario de A Coruña, Don Raúl G. Muñoz Maestre, obrante la número 2.019 y que sí fue calificada favorablemente y objeto de inscripción en el Registro.

Obsérvese: el Notario autorizante, la fecha y el número de protocolo en relación con el Título Público respecto del que se ha acordado la calificación negativa objeto del presente Recurso.

De estas premisas, se colige que la deuda no surge en el momento de suscripción del meritado Instrumento Público cuya inscripción es calificada negativamente por el Sr. Registrador del Registro de la Propiedad n.º 2 de A Coruña y, tal circunstancia, conlleva a esta parte a solicitar, de forma subsidiaria, que el pacto contenido en la meritada Escritura Pública de 10 de mayo de 2017 sea tratado como Ex Intervallo y como tal, despliegue todos sus efectos.

Cuarto. De las conclusiones.

En conclusión, la Escritura de 10 de mayo de 2017 –objeto de calificación negativa– se adapta de forma total y absoluta a la legalidad, no contraviniendo la prohibición del pacto comisorio y se asienta sobre los siguientes principios:

– El Contrato de préstamo con opción de compra es perfectamente válido y legal, individualmente considerado, en atención a los términos en los que está recogido y los antecedentes en que está formalizado.

– El citado acuerdo no contraviene la prohibición del pacto comisorio, al no concurrir los elementos constitutivos y por ser la concesión de un derecho de opción de compra en garantía de un préstamo una fórmula expresamente aceptada por nuestra Doctrina y Jurisprudencia.

– Con carácter subsidiario, se debe destacar que la deuda de la mercantil Promociones Proselga S.L. es anterior a la concesión del crédito y a la constitución de la garantía; pudiendo quedar subsumido el pacto contenido en la citada Escritura Pública dentro de la calificación de Pacto Ex Intervallo.

En consecuencia, queda justificado que, a diferencia de lo que indica el Sr. Registrador de la Propiedad del nº 2 de A Coruña, la opción de compra pactada en garantía, no vulnera la prohibición de pacto comisorio; debiendo, por tanto, reformarse la calificación objeto del presente Recurso y en consecuencia, procederse a la inscripción de la meritada Escritura Pública otorgada con fecha 10 de mayo de 2017 ante la fe del Notario de A Coruña, Don Raúl Gerardo Muñoz Maestre (...)»

#### IV

Mediante escrito de 13 de noviembre de 2019, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. En dicho informe afirma que dio traslado del recurso al notario autorizante, sin que éste formulara alegaciones.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1859 y 1884 del Código Civil; 1, 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001; el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (especialmente, artículos sexto, undécimo, duodécimo y decimotercero); el artículo 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 y 21 de febrero de 2017, y 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 y 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013 y 26 de diciembre de 2018.

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

a) Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada, la sociedad «Promociones Proselga, S.L.» confesó recibida la cantidad de un millón cien mil euros de la entidad «Gura Gestión, S.L.» en concepto de préstamo (estipulación primera), cuyo pago debería realizarse en una única cuota con vencimiento el 10 de mayo de 2019. Además, se acordó lo siguiente: «...e.3) Las partes convienen expresamente en este acto, que el ochenta por ciento (80%) del precio de venta de cada una de las fincas objeto de la presente, será destinado íntegramente, por la parte prestataria, a la amortización del préstamo, intereses y demás gastos que se originen con motivo de la

formalización de la presente escritura, y hasta la amortización total del presente préstamo».

En la misma escritura (estipulación segunda) «Promociones Proselga, S.L.» constituyó a favor de «Gura Gestión, S.L.» un derecho de opción de compra gratuito sobre las fincas registrales números 97.791, 97.793, 97.809, 97.775, 97.767, 97.769, 97.789, 97.801, 97.803, 97.815, 97.819 y las correspondientes participaciones indivisas de la finca registral número 97.755, con facultad de la adquirente de concretar, al tiempo del ejercicio de la opción de compra, la participación indivisa que se transmitirá conjuntamente con cada una de las otras once fincas, y hasta un máximo total de once plazas de garaje y cuatro trasteros; opción que «se ejercitará por la prestamista únicamente en el supuesto que se produzca impago del préstamo y sus intereses por la parte prestataria, una vez transcurridos los 24 meses de plazo, respecto de las fincas que no hayan sido previamente vendidas y hasta el límite de la cuantía adeudada del préstamo. Añadiéndose: «Plazo. – La presente opción se concede por el plazo de seis meses, a contar desde la finalización del plazo de duración (24 meses) del préstamo, anteriormente pactado, sin perjuicio de interpretar y aceptar las partes. Que este derecho real de adquisición nace y se solicita su constatación registral desde la fecha de la presente escritura».

Se pactó, para el caso de ejercicio de la opción, un precio de cien mil euros por cada una de las fincas y participación indivisa correspondiente, «si bien, el importe de esta contraprestación se verá reducido en el saldo pendiente de amortizar del préstamo objeto de la presente, a modo de dación en pago, y gastos e impuestos que se devenguen al comprador optante en dicha operación». Por último, en la escritura se preveía que la mercantil optante habría de requerir a la concedente de la opción, previa y fehacientemente, para que, en un plazo no superior a quince días, a contar desde tal requerimiento, compareciera en la notaría que se le indicara a fin de formalizar la correspondiente escritura de compraventa; y para el caso de que transcurrido dicho plazo no atendiera al requerimiento, la concedente confería poder en la escritura negativamente calificada para que el optante, por sí solo, pudiera otorgar la escritura de compraventa en ejercicio de la opción, dentro del plazo previsto y previo pago del precio, «(salvo en el supuesto de la dación antes citado) y ofrecimiento al cedente». Y a continuación se añadía: «A tal efecto, y en cuanto pudiere ser necesario el consentimiento de la parte cedente del derecho de opción, esta otorga a favor del cesionario irrevocable poder a tal fin, y con libertad para consignar las circunstancias de la venta. Dicha facultad estará limitada hasta el máximo de la cantidad adeudada...» /.../ «El optante queda facultado en este acto por la concedente a ceder la opción que en esta escritura se constituye a la persona física o jurídica que determine, una vez haya vendido el plazo de 24 meses de duración del préstamo y por las cantidades que se adeuden, prestando desde este momento el consentimiento para la plena eficacia de la cesión de la opción».

b) La registradora deniega la inscripción solicitada por la siguiente razón: «...Dados los términos en que está pactada la opción de compra, se está vulnerando la prohibición del pacto comisorio expresamente prohibido por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, ya que dicha opción se concede en garantía de la deuda con la que tiene una conexión directa. Así se deduce de que sea el impago del préstamo el que determine el nacimiento del derecho de opción, y que su plazo, precio o facultad de ceder el derecho de opción a un tercero estén vinculados al préstamo, 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 (Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 10 de junio de 1986, 5 de mayo de 1992, 29 de septiembre de 1987, 30 de septiembre de 1998 y 26 de noviembre de 2008, entre otras). El Registrador que suscribe, teniendo el defecto señalado el carácter de insubsanable, acuerda denegar la inscripción de la escritura de opción de compra precedente».

c) La recurrente, en un extenso escrito, concluye que la escritura calificada se adapta de forma total y absoluta a la legalidad, no contraviene la prohibición del pacto comisorio y se asienta sobre los siguientes principios:

«El Contrato de préstamo con opción de compra es perfectamente válido y legal, individualmente considerado, en atención a los términos en los que está recogido y los antecedentes en que está formalizado.

El citado acuerdo no contraviene la prohibición del pacto comisorio, al no concurrir los elementos constitutivos y por ser la concesión de un derecho de opción de compra en garantía de un préstamo una fórmula expresamente aceptada por nuestra Doctrina y Jurisprudencia.

Con carácter subsidiario, se debe destacar que la deuda de la mercantil Promociones Proselga S.L. es anterior a la concesión del crédito y a la constitución de la garantía; pudiendo quedar subsumido el pacto contenido en la citada Escritura Pública dentro de la calificación de Pacto Ex Intervallo. En consecuencia, queda justificado que, a diferencia de lo que indica el Sr. Registrador de la Propiedad del n.º 2 de A Coruña, la opción de compra pactada en garantía, no vulnera la prohibición de pacto comisorio.»

2. Se plantea nuevamente ante este Centro Directivo la cuestión (tratada en múltiples resoluciones de las que son exponente las reseñadas en los «Vistos» de la presente), relativa a la viabilidad de una opción de dación en pago constituida sobre determinados inmuebles, a la luz de la prohibición del pacto comisorio. El negocio jurídico formalizado en la escritura calificada y cuya constancia registral se pretende es un derecho de opción de clara finalidad solutoria (dación en pago); esto es un derecho potestativo que obliga al concedente a proceder a la celebración de una dación en pago de deuda, en los términos acordados, en caso de que su titular (el optante) así lo decida unilateralmente (dentro del plazo y con arreglo a las condiciones convenidas). Y respecto de este negocio es preciso puntualizar diversas cuestiones:

a) En el terreno de los principios, hay que partir de la premisa de que la dación en pago es una categoría contractual que está ampliamente admitida por la jurisprudencia y por la práctica jurídica; y, asimismo, la opción es un derecho reconocido por nuestro ordenamiento, si bien desde el punto de vista registral deben cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario y especialmente el plazo máximo de cuatro años que en él se establece. Pero, además, las cláusulas o pactos no pueden ser contrarios a los límites establecidos por las leyes, la moral y el orden público (cfr. Resolución de 10 de julio de 2005), y entre estos límites generales que pueden afectar a la opción, y por extensión al contrato al que aquella obliga, en caso de que se ejercite, en este caso a la dación en pago y como parte del orden público de nuestro derecho de garantías, es relevante la prohibición del pacto comisorio establecida en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, cuya infracción alega la registradora.

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

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

– Al emanar de una norma imperativa, la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a toda suerte de negocios jurídicos, ya sean indirectos, simulados o fiduciarios, simples o complejos, que persigan fines de garantía. Siempre que bajo estos esquemas

contractuales se detecte una «causa garantiae», se habrá de aplicar igualmente la norma prohibitiva del artículo 1859 del Código Civil, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla (cfr. artículo 6.4 del Código Civil, Resolución de 20 de julio de 2012 y Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000, 26 de abril de 2001 y 4 de diciembre de 2002), si bien esta nulidad, en principio, sólo afecta a la cláusula comisorias (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000).

– El comiso prohibido es el que se conviene «ex ante». La «ratio» de la prohibición no es sino asegurar, en los términos ya indicados, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevale de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución. De ahí que la necesidad de desactivar el pacto cuando más se pone de relieve es cuando nace coetáneamente con la obligación a cuya suerte se liga su efectividad. Por eso tradicionalmente se admitió, si bien con cautelas, la introducción de esta facultad comisorias si se efectuaba con posterioridad al nacimiento de la obligación que se garantizaba, mediante el denominado pacto ex intervalo (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980 y 16 de mayo de 2000). Así, la Resolución de esta Dirección General de 20 de julio de 2012 no se refiere al supuesto en que la deuda esté vencida y sea líquida.

c) Más recientemente, este Centro se ha pronunciado en la Resolución de 26 de diciembre de 2018 en los siguientes términos:

«(...) Esta Dirección General ha recordado en numerosas ocasiones (vid. “Vistos”), que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (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».

Doctrinalmente se ha propugnado la admisibilidad del 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 Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Instrumento de Adhesión de España al mismo, publicado en el «Boletín Oficial del Estado del 4 de octubre de 2013), que permite que en las garantías internacionales que constituyen su objeto el acreedor garantizado pueda recurrir, si así se ha previsto, a tomar la posesión o el control de cualquier objeto gravado en su beneficio, o a vender o arrendar dicho objeto. Ello se deberá hacer, según el artículo 8 del mismo, «de una forma comercialmente razonable». De este modo, la posibilidad del pacto comisorio ha quedado incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, para garantías internacionales, con el requisito de que la apropiación o realización de la garantía se produzcan «de una forma comercialmente razonable».

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 Sentencia de 24 de junio de 2010, 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». En la misma línea, la Sentencia de 21 de febrero de 2017 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.

d) Tampoco han de ignorarse las más recientes aportaciones doctrinales sobre la materia, que vienen a poner de relieve que la vigencia de la prohibición del pacto comisorio en nuestro ordenamiento es innegable, extendiéndose dicha prohibición tanto a fórmulas típicas como atípicas (entre las cuales se encuentra la opción de compra en garantía). Y no obvian que todos los procedimientos legales de ejecución tienen, como objetivo común, obtener el máximo rendimiento económico con los menores costes en beneficio tanto del acreedor como el deudor; y que una de las finalidades perseguidas con la prohibición del pacto comisorio es proteger no sólo los intereses del deudor (evitando que el acreedor se apropie de una cosa de valor superior al importe de la deuda), sino también proteger los intereses de los demás acreedores del deudor. Razón por la que se considera 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, 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.

3. A la vista de lo expuesto, y partiendo de la premisa de que no son en modo alguno trasladables al presente caso las conclusiones que, respecto del «Pacto Marciano», se plasmaron en la última resolución citada, debe ahora analizarse la viabilidad de la pretensión que sostiene la recurrente en su escrito que, como se ha indicado, concluía lo siguiente: «...se debe destacar que la deuda de la mercantil Promociones Proselga S.L. es anterior a la concesión del crédito y a la constitución de la garantía; pudiendo quedar subsumido el pacto contenido en la citada Escritura Pública dentro de la calificación de Pacto Ex Intervallo. En consecuencia, queda justificado que, a diferencia de lo que indica el Sr. Registrador de la Propiedad del n.º 2 de A Coruña, la opción de compra pactada en garantía, no vulnera la prohibición de pacto comisorio...».

Y en relación con la tesis que se sostiene en el recurso, no está de más recordar que, para algún sector doctrinal, si la prohibición del pacto comisorio tiene su máximo sentido cuando dicho pacto tiene lugar en el momento constitutivo de la garantía real, con las debidas cautelas podría admitirse aquel pacto en un momento posterior a la concesión del crédito y al negocio constitutivo de la garantía. Mas se ha puesto igualmente de relieve el riesgo que existe en el «Pacto Ex Intervallo», cual es el de simulación o de posibles fraudes, haciendo aparecer en documento el acuerdo entre las partes de que el pacto es posterior, cuando en realidad fue coetáneo con el nacimiento de la obligación y, por tanto, en condiciones potencialmente abusivas para el deudor. Puede añadirse que ello conduce a una clara conclusión, cual es que, a diferencia de las

atribuciones de la función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en un caso concreto, a la vista de sus circunstancias y en un procedimiento contradictorio), no es competencia de este Centro Directivo, ni de la registradora que ha emitido la calificación, entrar a analizar las circunstancias o relaciones subyacentes «inter partes» que puedan darse en un determinado caso, y sean expuestas por una de las partes interesadas en él.

Y es que la calificación ha de practicarse atendiendo a los términos del documento calificado y a los propios asientos del Registro, y en el reducido marco de este expediente no se puede entrar a analizar cuestiones (como las relaciones entre los intervinientes a que alude la recurrente en su escrito) que son propias de un procedimiento contradictorio (con práctica de pruebas), bajo la cobertura de la función jurisdiccional, que es la llamada a resolver conflictos entre partes. Así sucedería, por ejemplo, con la situación, aludida en el recurso, en orden a que el préstamo concedido por el optante al concedente salvó a éste de una inminente ejecución, sirviendo aquel para renegociar una deuda existente con una determinada entidad (Sareb); o la tesis – sostenida por la recurrente– de que mediante la escritura calificada «en puridad, se produce una novación subjetiva de la persona acreedora –que ya no es la Sareb, sino mi Principal– y una cesión del crédito a favor de esta parte, por el mero hecho del propio pago realizado a la Sareb».

Adviértase, también, que la pretensión que se sostiene en el recurso, en el sentido de haberse convenido un supuesto pacto comisorio «Ex Intervallo» («ex post» a la obligación), tampoco tiene apoyo a la vista del contenido de la escritura calificada, pues se pacta la opción sin solución de continuidad al préstamo que se concede, siendo evidente por lo demás la conexión entre ambos. Y ello por mucho que se mantenga en el recurso que la deuda no surgió en el momento de la suscripción de tal escritura, sino antes; con lo que intenta justificarse un pacto que se reconoce comisorio, pero que se pretende vestir de «Ex Intervallo». Cuestiones, todas estas, que escapan por completo a la calificación registral, rebasan claramente el marco en el que se desenvuelve este recurso, y que necesariamente han de suscitarse, y resolverse, en el seno de un procedimiento judicial.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 28 de enero de 2020.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.