

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13138 *Resolución de 18 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Barcelona n.º 7, por la que se suspende la inscripción de una escritura de opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don M. G. G., en nombre y representación de la mercantil «Invest Gutbro, S.L.», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Barcelona número 7, don Rafael Arnaiz Ramos, por la que se suspende la inscripción de una escritura de opción de compra.

Hechos

I

Mediante escritura pública autorizada el día 3 de diciembre de 2021 ante el notario de Barcelona, don Sergi González Delgado, con el número 4.546 de protocolo, don F. J. B. G. (como cedente), concedió un derecho de opción de compraventa a la mercantil «Invest Gutbro, S.L.» (como optante), sobre la totalidad de la finca registral número 49.237 del Registro de la Propiedad de Barcelona número 7, por un plazo máximo hasta el día 3 de diciembre de 2025, con un precio de la opción de 4.500 euros y con un precio pactado de compra de la vivienda por el valor de 90.000,00 euros.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Barcelona número 7, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos:

De conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, se ha procedido a la calificación de la escritura de fecha 03/12/2021, autorizada por el notario/a de Barcelona, Sergi González Delgado, con el número 4546/2021 de protocolo, cuya copia autorizada electrónica fue presentada en este Registro por vía telemática a las 13:40:46 del día 03/12/2021 con el asiento 790 del Diario 89, habiéndose aportado copia en soporte papel y justificado el cumplimiento de requisitos fiscales el día 18 de febrero de 2022.

Dicha calificación, que conforme a lo previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria se ha extendido a la legalidad de las formas extrínsecas, capacidad de los otorgantes, y validez de los actos dispositivos contenidos en el título calificado, es desfavorable a la práctica de las operaciones registra es interesadas, por los siguientes,

Fundamentos de Derecho:

1. Resultar del contenido del título que el derecho de opción de compra que se constituye a favor de la mercantil Invest Gutbro SL, sobre la finca registral 49.327 de este Registro, lo es en garantía del cumplimiento de obligaciones asumidas frente a dicha mercantil por la parte concedente de la opción, de lo cual resulta que lo celebrado es, en realidad, un contrato de constitución de garantía inmobiliaria que asegura el cumplimiento de obligaciones nacidas o por nacer de una relación financiera entre las partes, contrato que debe entenderse sujeto a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, Ley 5/2019, en cuanto celebrado entre una persona física y un empresario

que, según expresamente declara en el título, «ejerce su actividad empresarial vinculada al mundo inmobiliario». Art. 1 LCCI.

La rigurosa calificación de la causa en los contratos por los que se constituyen derechos rea es de opción de compra es impuesta por la obligación de impedir el acceso al Registro de tales derechos en aquellos casos, de difícil identificación por el registrador, en que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria, en la medida en que ello puede, por un lado, contravenir la prohibición de pacto comisorio establecida por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil cuando por razón de la legislación civil a que esté sujeto el contrato fuere aplicable y, por otro, encubrir un contrato de préstamo con garantía real inmobiliaria que esté dentro del ámbito de aplicación de la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario 5/2019 y, por tanto, sujeto a sus requisitos de transparencia material. (cfr. arts 1 y 15 de la citada Ley)

Se trata, por tanto, de determinar si, en el caso al que se refiere la calificación, y a partir de los datos que resultan del título y del Registro (cfr. art. 18 Lh), puede entenderse detectable una «causa garantiae» en el contrato celebrado o si, por el contrario, tal causa, en caso de existir, debe entenderse indetectable para la calificación, sin perjuicio de que pudiera serlo judicialmente, para el supuesto de que la parte concedente de la opción impugnara el contrato ante los tribunales.

A juicio del registrador abajo firmante, la «causa garantiae» resulta detectable por la calificación registral por las razones siguientes:

– el hecho de que, en el título calificado, se prevea que puedan imputarse al precio de la compraventa, y por tanto deducirse del importe a pagar en el momento del ejercicio de la opción, no sólo «aquellas cantidades que el comprador deba retener para cancelar las cargas existentes sobre la finca y deudas con respecto a la comunidad de propietarios en que esté ubicada la finca, además de los importes adeudados en concepto de impuestos y contribuciones pendientes de pago en el momento de la formalización del ejercicio de la opción de compra», sino también, «cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción de compra y hasta el ejercicio de la misma bien en cheques y/o transferencia y/o bien subrogándose en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que graven la finca descrita, bien reteniendo el Importe necesario para satisfacer los remanentes de los préstamos hipotecarios y demás cargas que pudieren haber suscritos o bien mediante su consignación notarial.». Resulta así que el título prevé la realización de entregas de dinero futuras por parte de la optante a la concedente de la opción sin identificarlas como anticipos del precio de la compraventa. Se prevé, incluso, para el caso de subrogación del optante en la deuda pendiente de las hipotecas que graven la finca, o de retención del importe necesario para satisfacer dichos créditos (en el supuesto calificado la finca no está gravadas con hipoteca) no sólo que en el momento de la compraventa pueda compensarse la deuda pendiente con el importe a entregar por el optante, dando lugar a su reducción o incluso desaparición, sino que puedan generar una deuda del concedente de la opción a favor del optante, de forma que éste tenga derecho a «reclamar la diferencia a su favor, lo cual resulta expresivo de la obligación del concedente de la opción de devolver las cantidades que le hayan sido entregadas por el optante o que éste haya pagado por su cuenta y, con ello, la existencia de un contrato de financiación que constituye la causa que posibilita tal reclamación, en el que la opción de compra actúa como mecanismo recuperatorio de todo o una parte de los importes prestados.

Tal configuración de la relación jurídica creada se más hace evidente si tenemos en cuenta que sobre la finca registral objeto del derecho de opción consta inscrita otra opción de compra formalizada en escritura autorizada por el mismo notario y con idéntico clausulado, de fecha 17 de octubre de 2019, en la que se pactó una prima de la opción de 65.000 euros, y que consta presentada en el Diario de Operaciones de este Registro, con asiento de presentación inmediatamente anterior al de la objeto de la presente, escritura de «Resolución al derecho de opción de compra», autorizada por el mismo notario con el número de protocolo inmediatamente anterior al de la que es objeto de la

presente calificación. En dicha escritura de «resolución» la parte optante acepta renunciar al derecho de opción a su favor inscrito a cambio de una «indemnización» a pagar por la concedente de la opción de 89.500 euros. Del testimonio de los cheques bancarios incorporados a ambas escrituras, resulta que parte de la indemnización pagada por el concedente de la primera opción para obtener su «resolución», lo ha sido con los 4.500 euros recibidos como prima por la opción cuya inscripción se interesa. Debe señalarse igualmente que en la escritura objeto de la presente calificación se pacta un precio para la compraventa que se otorgue en ejercicio de la opción de compra de 90.000 euros, importe casi exactamente coincidente con el que el concedente de la opción ha de abonar para cancelar una opción de compra anterior, y que carece de toda relación con el valor de mercado de la finca sobre la que se concede la opción, pues es inferior a la mitad del valor de referencia catastral, que conforme a su norma reguladora es necesariamente inferior al de mercado, y que según resulta de consulta realizada por el registrador abajo firmante a la Sede Electrónica del Catastro de 238.850,75 euros. De lo expuesto resulta que a partir de los asientos del Registro y del contenido de los títulos presentados cabe apreciar la existencia de actuaciones continuadas de financiación y refinanciación al titular registral del dominio que van siendo garantizadas con sucesivos derechos de opción de compra sobre la finca.

Por tanto, a juicio del registrador abajo firmante, en el negocio objeto de calificación concurren pactos que permiten considerar que el derecho de opción ha sido constituido en función de garantía de una operación de crédito solicitado por la parte concedente de la opción que resulta integrada por la llamada prima de la opción, por ciertas cantidades que se prevé sean entregadas por la optante a la concedente y por la asunción de determinadas deudas de aquella, entre la fecha de formalización de la opción y la de su ejercicio, y cuya devolución (al menos parcial, pues podría subsistir deuda pendiente a favor del optante), se garantiza con la concesión al prestamista de un derecho a decidir la adquisición de bienes del deudor, generando con ello un contrato de crédito con garantía real inmobiliaria, celebrado entre una persona física y un profesional, que debe entenderse sujeto, como requisito previo para su inscripción, a los requisitos de transparencia material establecidos por el artículo 15 de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

2. Son defectos que impiden inscribir el pacto de ejercicio unilateral de la opción de compra:

– La posibilidad, prevista en el artículo 568.12.2 del CCCat, relativa al pacto de ejercicio unilateral de la opción por la parte optante, no puede llevar a considerar posible que, sin comparecencia ni consentimiento de la parte concedente de la opción, pueda aquella determinar las cantidades a deducir del precio a entregar y, con ello, el importe a pagar en concepto de precio de la compraventa, mediante un «cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento» según se prevé en la cláusula tercera para el caso de que dicho comprador manifieste una imposibilidad de aportar certificados de saldo pendiente de las deudas en que se haya subrogado o cuyo pago haya asumido. Y ello, en la medida en que la admisión de dicha cláusula supondría dejar el cumplimiento de la obligación de pago del precio resultante del contrato al arbitrio de la parte que es sujeto pasivo de dicha obligación, lo cual resulta contrario al artículo 1256 CC. A lo anterior no obsta el hecho de que el título calificado establezca que en caso de error asumirá la parte compradora las posibles diferencias que a favor del vendedor pudieran producirse, pudiendo la parte vendedora reclamar la diferencia a su favor, y ello, en la medida en que la posibilidad de tal reclamación no impide que, aun cuando no se haya pagado la totalidad del precio, tenga lugar la perfección del contrato de compraventa y consumación de su efecto traslativo mediante la entrega instrumental, quedando con ello excluido el carácter recíproco o sinalagmático de las obligaciones de entrega de la cosa y pago del precio que nacen del contrato de compraventa, (cfr. art. 1124 y 1445 CC y 621.1 y 621.32 CCCat). Así lo pone de manifiesto la cláusula que establece que «en ningún caso se entenderá que la no

aportación de los certificados de saldo dará lugar a una cláusula suspensiva, quedando completado al pago del precio de la presente opción de compra y quedando perfectamente legitimado el vendedor a redamar cuantas cantidades considere oportunas por este concepto.»

– La no admisibilidad del pacto en cuya virtud la notificación fehaciente a la parte concedente de la opción para el otorgamiento de la escritura de compraventa pueda ser realizada por medio de burofax, en cuanto, según pone de manifiesto la RDGSJFP de 14 de mayo de 2019, dada la trascendencia de los efectos resultantes del acto notificado (transmisión del dominio en ejercicio de derecho de opción), tal notificación debe ser realizada por conducto notarial. En el supuesto calificado la inadmisibilidad del régimen de notificaciones pactado se hace más evidente si tomamos en consideración que la parte optante (y se expresa con mayúscula en el título) «asume a todos los efectos, que el hecho de no recibir los burofax que a tal efecto se le remiten no derivará en falta de notificación para el correcto ejercicio de la opción de compra, comprometiéndose a notificar cualquier cambio de domicilio».

La inadmisibilidad, a los efectos de su inscripción, del referido pacto de ejecución unilateral, se hace más evidente si tomamos en consideración que la cláusula séptima del contrato de opción de compra formalizado en el título calificado incluye un poder irrevocable, otorgado por el concedente de la opción al optante en cuya virtud éste puede, entre otras facultades, otorgar y firmar, en nombre de la parte concedente de la opción, «los certificados bancarios, de cancelación, de saldo y cualesquiera otros; así como la fijación de saldos pendientes... y «otorgar escrituras de subsanación, aclaración y/o redificación de la presente en el caso de que la calificación que emite el litro. Sr. Registrador de la Propiedad impida la inscripción en el Registro y de forma expresa a aquellos que afecten a la acreditación de los medios de pago. notificaciones fehacientes, descripción de la finca, superficie y linderos.» Tal irrevocabilidad pone de manifiesto que lo que aparece configurado como un apoderamiento es en realidad un pacto contractual, de carácter bilateral e irrevocable sin consentimiento de ambas partes, que deja a la voluntad de la parte optante la determinación de aspectos esenciales en la configuración del negocio jurídico, entre ellos, los relativos a la determinación de la parte del precio fijado que haya de ser efectivamente pagada, la posible determinación de saldos acreedores a favor del optante, la descripción del objeto inmobiliario del negocio, o el régimen de las notificaciones fehacientes necesarias para hacer posible el ejercicio unilateral de la opción.

A lo anterior no cabe oponer, en el caso concreto al que la presente se refiere, lo establecido por el artículo 621.5 del CCCat, en la medida en que dicho precepto permite que el contrato establezca que la determinación del precio se realizará una de las partes, supuesto que no se da en el presente caso, en el que lo que queda a la decisión de una de las partes, –que puede para ello incluso aduar en ejercicio de un poder irrevocable dado por la otra–, no es la determinación del importe del precio, sino la determinación de si su obligación de pagar el precio pactado subsiste o no, por haber quedado extinguida por razón de los efectos de la compensación de deudas. Cabe en todo caso señalar que del 621.5 CCCat sí resulta una voluntad del legislador de que el precio no se aleje, salvo determinación plena por las partes, del «generalmente cobrado en circunstancias comparables, en el momento de la conclusión del contrato y con relación a bienes de naturaleza similar», posibilitando la oposición al precio «manifiestamente no razonable.» Pues bien, como ya se ha dicho, en el caso al que se refiere la presente calificación, el precio fijado de común acuerdo por las partes (90.000) euros, es inferior a la mitad del valor de referencia catastral, que conforme a su norma reguladora es necesariamente inferior al de mercado, y que según resulta de consulta realizada por el registrador abajo firmante a la Sede Electrónica del Catastro de 238.850,75 euros.

3. No resultan inscribibles las letras e), f) y g) de la cláusula segunda, en cuanto se trata de compromisos obligacionales carentes de trascendencia real, (cfr. arts. 1, 2, 9 y 27 LH.) siendo además, la letra e), contraria a lo previsto en el artículo 568.9.1 CCCat.

Dado que el primero de los defectos señalados impide la inscripción parcial, el Registrador abajo firmante acuerda suspender la práctica de la inscripción interesada, no tomándose anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable al no haber sido solicitada.

De conformidad con lo expuesto, el Registrador abato firmante, acuerda la suspensión de las operaciones registrales interesadas, no tomándose anotación preventiva de la suspensión acordada por no haber sido solicitada.

La notificación de la presente calificación negativa llevará consigo la prórroga de vigencia del asiento de presentación, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria.

Contra la presente calificación cabe: (...)

En Barcelona, siete de marzo del año dos mil veinte (firma ilegible) Firmado: Rafael Arnaiz Ramos Registrador titular.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don M. G. G., en nombre y representación de la mercantil «Invest Gutbro, S.L.», interpuso recurso el día 22 de abril de 2022 en virtud de escrito y en base a los siguientes argumentos:

«Primero. Mediante escritura pública de fecha 3 de diciembre de 2021 autorizada ante el notario de Cataluña don Sergi González Delgado bajo su número de protocolo 4.546, Don F. J. B. G. (como cedente), concedió un derecho de opción de compraventa a la mercantil «Invest Gutbro, S.L.» (como optante), sobre la totalidad de la finca 49.237 del Registro de la Propiedad 7 de Barcelona, por un plazo máximo hasta el 3 de diciembre de 2.025, con un precio de la opción de 4.500 €, y con un precio pactado de compra de la vivienda por el valor de 90.000,00 €.

Segundo. Que, en dicha nota de calificación total de documentos notariales de 7 de marzo de 2022, se procede a la suspensión de la inscripción del derecho de opción de compra constituido sobre la finca 49.237 de ese mismo Registro, por entender que:

1. El negocio jurídico constituido es un contrato de constitución de garantía inmobiliaria que asegura el cumplimiento de obligaciones nacidas o por nacer de una relación financiera entre las partes, y que debe ser sujeta a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, Ley 5/2019 al ser el cedente una persona física y el optante un empresario que ejerce su actividad empresarial.

2. La unilateralidad del ejercicio de la opción de compra por parte del optante, así como la no admisibilidad del uso del medio burofax, como forma de comunicación del otorgamiento de la escritura de compraventa.

3. La no posibilidad de inscribir otros pactos de la escritura al no disponer de contenido de trascendencia real, y ser meros compromisos u obligaciones.

Tercero. Que, esta parte muestra su disconformidad con dicha calificación efectuada por el Registro en base a los siguientes:

Fundamentos de Derecho:

Primero. Del préstamo encubierto y del pacto Comisorio.

Establece el Registrador que el título que se pretende inscribir contiene un «pacto comisorio» prohibido en el ordenamiento español expresamente por el artículo 1859 en relación con el artículo 1884 del Código Civil Español, así como también que el negocio jurídico a inscribir en realidad es un préstamo encubierto con garantía hipotecaria entre una mercantil y una persona física el cual estaría bajo el paraguas de la Ley 5/2019 de Contratos de Crédito Inmobiliario.

El Registrador, todo sea dicho desde el más absoluto respeto, no aporta ningún argumento, dato, elemento objetivo, así como tampoco ningún medio de prueba o hecho

concreto para determinar que la escritura de opción de compra, es en realidad un contrato simulado de «préstamo». Por el contrario, nos encontramos ante un negocio jurídico perfectamente legal y articulado en todas sus partes por los arts. 568-8 a 568-12 del Código Civil Catalán, la escritura del cual respeta punto por punto (salvo el que se dirá más adelante) todos los elementos objetivos y subjetivos contenidos en tales artículos.

Recordemos que el pacto comisorio por su propia definición, Se trata de un pacto que, a priori, permitirla la apropiación del bien dado en garantía, sin embargo, el art. 1.859 del Código Civil es claro cuando establece que «el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas».

Este precepto contiene la tradicional prohibición del pacto comisorio al impedir que el acreedor, una vez verificado el incumplimiento del deudor hipotecario o pignoraticio, haga suya la cosa dada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, bien indirectamente mediante su disposición.

No existe en el título que se presenta a inscribir ningún pacto que «intuya» que se trata de un contrato de préstamo y que la posibilidad del ejercicio de la opción de compra, tenga la consideración de «pacto comisorio».

Además de lo anterior, existe un elemento objetivo en la escritura que se pretende inscribir que «anula» la subjetiva teoría del registrador, el contenido del apartado c) de la Cláusula Segunda de la referida escritura, «c).—Transcurrido el plazo por el que la cedente concede tal derecho de opción, dicho derecho quedara automáticamente extinguido sin que proceda en favor de la parte optante devolución de la cantidad entregada en concepto de precio o prima de opción.»

Si realmente la operación de opción de compra contemplada en la escritura cuya inscripción se deniega, estuviera motivada en un contrato de «préstamo», por pacto comisorio, dicha cláusula no existiría, es decir, se determinaría que la cedente de la opción, podría eliminar dicho derecho y recuperar la plenitud del dominio, reintegrando la cantidad recibida como prima de la opción. No parece de sentido común, así como tampoco sigue las reglas establecidas para los préstamos, someter el mismo a la temporalidad según la cual, transcurrido un plazo determinado, sin que el supuesto deudor pague, el préstamo queda sin efecto y no se ha de reintegrar cantidad alguna, perdiendo así el acreedor la totalidad del objeto del mencionado préstamo.

Pero, es más, presuntuosamente el Registrador aplica una supuesta prohibición «pacto Comisorio», cuando no solo no se dan ninguna de las circunstancias para entender la existencia de un contrato simulado, sino que todos los elementos objetivos, tanto de las partes como del propio título determinan la realidad y permanencia de la opción de compra.

El objeto social de «Invest Gutbro, S.L.» es el alquiler, traspaso y compraventa de locales y viviendas en promoción inmobiliaria de edificaciones, el cual es perfectamente compatible con el negocio jurídico que aquí se está discutiendo, la opción de compra.

Los argumentos referidos de las personas intervinientes carecen de realidad, puesto que sus circunstancias son interpretadas a «beneficio» de la teoría del pacto comisorio.

¿Qué pacto, acuerdo o disposición del título que se presenta a inscribir, contiene algún derecho a favor del cedente de la opción para que este, pueda recuperar la totalidad del derecho sobre la totalidad de la finca, abonado alguna cantidad? La prueba de la inexistencia de pacto comisorio radica en la voluntad de las partes en cuanto a la formación de la opción de compra, fijando las características de las misma y sin que por la voluntad de la cedente pueda recuperar su derecho, es decir, la opción de compra no es una garantía del cumplimiento de ninguna obligación, sino un derecho.

El Registrador establece, como motivo de existencia de un préstamo encubierto un negocio jurídico igual que el presente del año 2019 y cancelada posteriormente el mismo día de la firma de la presente escritura. Lo ciertamente objetivo es que no se establece ningún tipo de relación entre las partes intervinientes en ambos negocios, siendo cada uno de ellos independientes y sin que existan pruebas o hechos objetivos que pudiesen demostrar que existe una financiación encubierta.

Ante lo que nos encontramos es un acuerdo de voluntades entre dos participantes en el mercado en el que, habiendo llegado a un acuerdo consensuado (y así se establece en el manifiesto segundo de la citada escritura), una de las partes dispone libremente de un bien inmueble de su patrimonio y la otra parte, en el marco de un negocio jurídico legalmente establecido, constituye en su favor ese negocio, cumpliendo con todas las previsiones legales, y sometiendo tales requisitos a la sanción de un fedatario público que por obligación del art. 147 del Reglamento Notarial, ha de asegurar la adecuación del instrumento público al ordenamiento jurídico, así como informar a las partes, especialmente a las más débiles, del alcance de los parámetros de la redacción del mismo.

Además de lo anterior, tal y como recuerda la Resolución de 27 de octubre de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), precisamente en la resolución de un recurso gubernativo ante la negativa a inscribir un negocio jurídico de opción de compra, ante el mismo supuesto que el que motiva estas líneas, y también tras una calificación negativa del Registro de la Propiedad 7 de Barcelona (siendo el firmante de esa nota de calificación también el mismo Registrador) que «Por ello, esa apreciación subjetiva que pone de manifiesto la calificación recurrida, resolviendo dejar sin valor ni efecto –y desvirtuando– lo que los propios intervinientes han aseverado ante notario (que solo por acuerdo de ambos o por una resolución judicial puede quedar invalidado) rebasa, claramente, tanto el alcance de la función calificadora como el marco en el que se desenvuelve este recurso (y obviamente la calificación que la motiva), adentrándose en lo que sin duda alguna es materia propia de un procedimiento contradictorio, con práctica de pruebas y bajo la cobertura de la función jurisdiccional; que es la llamada a resolver eventuales conflictos entre partes, desvelar posibles simulaciones y fraudes de ley y –en suma– a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.»

Segundo. El título cuya inscripción registral se ha solicitado, tal y como se ha establecido en el apartado anterior, no contiene ninguno de los elementos clásicos y constitutivos de un préstamo con garantía hipotecaria, así como tampoco se desprende de la nota de calificación que existan elementos de la propia escritura que manifiesten tal condición, siendo por lo tanto, totalmente subjetiva e injustificada la interpretación del Registro de que se trata de negocio simulado de préstamo, en cuyo encaje se habría regulado el supuesto pacto comisorio alegado.

Es la sensación de este recurrente que el Registrador ha determinado la calificación negativa de la inscripción del negocio jurídico en base a meras sospechas, aludiendo a conjeturas sin ningún tipo de fundamento objetivo, y sin ajustarse a la Ley.

Esta parte en contra de la calificación del Registrador, sostiene que el negocio jurídico de opción de compra, y poder contenido en la escritura cuya inscripción se solicita, es un negocio perfectamente válido, concreto y ajustado a los términos de las leyes de aplicación, por lo que no existe impedimento alguno para denegar su inscripción por estos motivos.

También cabe destacar, como muy bien señala la Resolución de 28 de enero de 2020 de la DGSJFP, que cualquier calificación registral debe hacerse atendiendo a los términos del documento que se esté calificando y a la propia información contenida en el Registro entiendo como tal la posibilidad material de que tal documento pueda ser inscrito sin que existan causas objetivas que así lo impidan, sin entrar a valorar, enjuiciar o conjeturar, por parte del Registrador acerca de las posibles intenciones de las partes en aquellos supuestos en que no exista una clara y manifiesta constatación, con el fin de impedir el acceso al Registro de documentos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido realizada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisorio establecida por los artículos 1859 y 1884 C.C.).

Tercero. De la aplicación del Art. 568.12.2 del CCCat.

Alega el Registrador que la cláusula tercera en la que establece que al ejercitarse la opción de compra de forma unilateral por parte del optante, y poder establecer que

cantidades satisfechas se deducen del precio de compra pactado, se deja al arbitrio del optante el cumplimiento de las obligaciones del contrato, hecho prohibido por el art. 1256 del Código Civil.

Este hecho ya fue resuelto también en su día por la DGSJFP en su Resolución de 27 de octubre de 2020 donde claramente se contradice la interpretación del Registrador estableciendo que no se deja al arbitrio unilateral de una de las partes la determinación del cumplimiento de las obligaciones del contrato, sino que, establecido por acuerdo mutuo de las partes el precio de la compraventa, «se atribuye convencionalmente al comprador se refiere propiamente a la cantidad que del precio ya fijado se paga en realidad, hechas las referidas deducciones».

Sigue la resolución alegada exponiendo de forma muy minuciosa y acertada los motivos por los que la cláusula, que se pretende no sea inscribible, tiene perfecta validez y encaje en todo nuestro ordenamiento jurídico, así como también tiene encaje perfecto en la legislación civil catalana con el contenido del art. 621-5.2 CCCat. Esta parte hace suyos tales argumentos, y los da por reproducido en el presente recurso para evitar una exposición redundante de la misma. Solicitando que se revoque tal pronunciamiento se declare tal cláusula como jurídicamente válida e inscribible.

Cabe destacar como última mención, que el redactado realizado en este fundamento de derecho por el Registrador para no inscribir la presente cláusula, es idéntico en contenido y redacción al motivo que este Centro Directivo revocó en la calificación negativa que motivó la Resolución de 27 de octubre de 2020. como si de la clásica técnica informática del «copiar y pegar» se hubiese hecho uso.

Cuarto. De la no admisibilidad de la forma de notificación.

Como bien advierte el Registrador, se pacta entre las partes que la forma de notificar de forma fehaciente la voluntad de ejercitar el derecho de opción se llevará a cabo mediante la herramienta del Burofax. Pero el Registrador omite el resto de la cláusula en la que se establece que:

1. El burofax deberá ser remitido a través del servicio que ofrece la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. (la comúnmente denominada Correos).
2. En caso de no recepción del mismo, sea por el motivo que sea (incluido la negativa por parte del cedente de la opción a su recepción) a intentarlo, un mínimo de dos veces antes de dar por notificado al cedente.

Según la propia web de Correos «Con el Burofax Premium de Correos podrás realizar tus envíos más urgentes con la máxima seguridad, ya que la entrega queda registrada bajo firma del destinatario y sirve como prueba con validez legal frente a terceros».

Haciendo una analogía con todo tipo de ejecuciones civiles, ya sea de títulos judiciales o no judiciales; la figura del burofax como forma de aviso del inicio de las actuaciones judiciales es aceptada por la totalidad de la jurisprudencia, y su no recepción, en la forma en la que sea, no puede ser alegada como motivo de no notificación o como vulneración de derechos de ningún tipo. En este sentido, la Sentencia de 12 de abril de 2019 de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dándole plena validez al burofax como forma de comunicación con el demandado estableció que: «Se acompaña con la demanda un burofax con certificación de entrega conteniendo el requerimiento legalmente exigido para la extinción del contrato de arrendamiento. Documento donde consta que «Ha resultado Pasado a Lista», lo que significa que los funcionarios de correos cuando despacharon el intento de notificación dejaron constancia de ello en el acuse de recibo, dejando así misma marca de que el envío pasa a lista de correos, lo que, como dijimos, indica que se dejó aviso en el buzón al interesado.

Y un burofax no entregado por causa imputable al destinatario por rehusarlo o no retirado de la oficina correspondiente es a todos los efectos una notificación efectuada.

La jurisprudencia es meridianamente clara al respecto: un Burofax no entregado por ser rehusado o no retirado no implica una acreditación de falta de conocimiento por parte del destinatario, sino que por el contrario prueban la voluntad renuente del mismo a recogerla documentación correspondiente y ser notificado.

Ciertamente la pasividad de la parte demandada en ningún caso puede perjudicar el derecho del demandante, por ser doctrina constitucional reiterada (Sentencias del Tribunal Constitucional 82/2000, de 27 de marzo, 145/2000, de 29 de mayo y 6/2003, de 20 de enero), que los actos de comunicación producen plenos efectos cuando su frustración se debe únicamente a la voluntad expresa o tácita de su destinatario, o a la pasividad, desinterés, negligencia, error, o impericia de la persona a la que va destinada, y en este caso no consta que la parte demandada no recogiera la comunicación remitida por la arrendadora por alguna causa justificada distinta de su propia voluntad obstativa al cumplimiento del trámite de la comunicación previa del arrendador.» En el mismo sentido que la anterior sentencia, nos encontramos diversas otras como la Sentencia de 3 de julio de 2018 de la Sección 5a de la Audiencia Provincial de Las Palmas o la de 27 de julio de 2017 de la Sección 6a de la Audiencia Provincial de La Coruña.

Pero no solo la cláusula que el Registrador pretende reputar como antijurídica es perfectamente válida desde un punto de vista legal y jurisprudencia; si no que además el contenido de la misma va en la dirección que establece la jurisprudencia consolidadísima del Tribunal Constitucional, a los efectos de la notificación del despacho de ejecución y de requerimiento de pago en una ejecución hipotecaria a los efectos de los arts. 686 y 683.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si bien es cierto, y no es voluntad de esta parte dar a entender lo contrario, el burofax no es una forma válida de notificación judicial a los efectos de comunicar las actuaciones procesales en una ejecución, así como tampoco se pretende esta parte comparar los negocios jurídicos a los que afectan tales disposiciones al recurrido en el presente; lo que se pretende expresar es la forma en la que establece el Tribunal Constitucional en la que se debe llevar a cabo esa notificación para garantizar el derecho de acceso al procedimiento del ejecutado, así como sus derechos totales de tutela judicial efectiva.

En la dirección anterior, es jurisprudencia total que no es suficiente tratar de notificar al deudor en la finca hipotecada, sino que deberá intentarse, como mínimo, en cualquier otra dirección de que el Juzgado tenga conocimiento, siempre que esta labor de investigación no suponga un esfuerzo excesivo para el Juzgado, antes de acudir a la vía de la notificación por edictos del art. 164 de la misma LEC. Como ejemplo de esta jurisprudencia tenemos las Sentencias 150/2016, 6/2017, 138/2017, 86/2020, 186/2020, 46/2021, 27/2021 o 14/2022.

De forma sucinta, lo que pretende establecer el máximo garante de la Constitución, es que, como mínimo, se debe intentar el requerimiento, dos veces antes de continuar con el proceso dando por notificado al ejecutado por edictos.

Según lo anterior, la cláusula por la que el Registrador pretende que toda la escritura no sea inscrita, a parte del resto de motivos alegados por el mismo, cumple de forma estricta todas las garantías que la Ley y la jurisprudencia establecen para este tipo de requerimientos. A saber:

- Uso de un medio que permita tener constancia y certificación de que el contenido de la notificación es conocido por el destinatario, o bien que, no habiendo podido entregarse, se han articulado los medios necesarios para que el receptor del mismo tenga conocimiento de que debe recoger la notificación.
- Varios intentos de la misma de forma que se garantice que realmente se ha tratado de notificar la resolución o documento al interesado por la misma.

A mayor abundamiento, tal y como recogen las Resoluciones de este Centro Directivo de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero y 20 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 alcanzarla mayor satisfacción de su deuda. Por ello –se añade– podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión. En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. En apoyo de esta tesis se cita el denominado pacto marciano recogido en el Digesto».

Quinto. De la inscripción parcial.

En la escritura la inscripción de la cual se ha denegado, se solicita de forma expresa «Las partes otorgantes, en la intervención que ostentan, solicitan expresamente la inscripción parcial de la presente escritura, en el supuesto de que alguna de sus cláusulas, o de los hechos, actos o negocios jurídicos contenidos en ella, susceptibles de inscripción, adoleciese de algún defecto, a juicio del señor Registrador, que impida la práctica de la misma».

Tal y como establece la doctrina continuada de este Centro Directivo (en resoluciones de fecha 18 de abril de 1994, 14 de julio de 2016 y 27 de octubre de 2020) «(...) 'el Registrador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes, pero lo que no puede hacer es alterar su contenido y transformar (...) inscribiendo lo que las partes no estipularon en la escritura pública'. Añade la Resolución de 13 de febrero de 2012 que debe recordarse, para los supuestos de inscripción parcial, que el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario), de manera que dicha inscripción parcial solicitada no puede desnaturalizar el negocio que ha sido celebrado por las partes'. Pero precisamente en el caso de este recurso, a la vista del global contenido de la estipulación contractual de la que forma parte el apartado cuestionado, y de la disciplina que sobre el contrato de compraventa contiene la legislación catalana, esa inscripción parcial no desnaturalizaría en modo alguno el negocio jurídico concertado; ni la compraventa que, en su caso, llegara a formalizarse.» Por lo suscrito, esta parte solicita que, se inscriba parcialmente todas aquellas previsiones contenidas en la escritura que puedan ser inscritas».

IV

El registrador de la Propiedad emitió informe el día 5 de mayo de 2022, mantuvo la nota de calificación 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; 621-5.2 del Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto; 14.1 y 55 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980; 14 y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1902, 19 de mayo de 1982, 20 de mayo de 1986, 10 de junio de 1995, 18 de febrero, 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de mayo de 1998, 15 de junio de 1999, 26 de febrero y 26 de abril

de 2001, 30 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 2 y 17 de febrero de 2006, 2 de julio de 2007, 21 de enero y 5 de junio de 2008, 20 de abril de 2009, 31 de marzo de 2011, 29 de mayo de 2014, 15 de junio de 2016 y 21 de febrero de 2017; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 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, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 14 de julio de 2016, 26 de diciembre de 2018, 14 de mayo de 2019 y 28 de enero de 2020, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo de 2021 y 11 de abril de 2022.

1. El registrador suspende la inscripción de una escritura de opción de compra que se describe en los hechos por los siguientes defectos:

Primero, por entender que constituye una operación de financiación inmobiliaria entre una mercantil y una persona física el cual estarla sujeta a los requisitos de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, además de contravenir la prohibición de pacto comisorio.

Segundo, el pacto de ejercicio unilateral de la opción por la parte optante, no puede llevar a considerar posible que, sin comparecencia ni consentimiento de la parte concedente de la opción, pueda aquella determinar las cantidades a deducir del precio a entregar y, con ello, el importe a pagar en concepto de precio de la compraventa, mediante un «cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento» según se prevé en la cláusula tercera para el caso de que dicho comprador manifieste una imposibilidad de aportar certificados de saldo pendiente de las deudas en que se haya subrogado o cuyo pago haya asumido.

Tercero, la no admisibilidad del pacto en cuya virtud la notificación fehaciente a la parte concedente de la opción para el otorgamiento de la escritura de compraventa pueda ser realizada por medio de burofax.

Y cuarto, se suspenden determinados pactos por su carácter obligacional. En concreto, no resultan inscribibles las letras e), f) y g) de la cláusula segunda, en cuanto se trata de compromisos obligacionales carentes de trascendencia real, (cfr. artículos 1, 2, 9 y 27 de la Ley Hipotecaria.)

2. En relación con el primer defecto cabe recordar que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020, y, en particular, en la 27 de octubre de 2020, en un caso similar a este, 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 distraendi», en que está prevista la suerte de los mismos».

No obstante, también ha reiterado este Centro Directivo (vid., por todas, la citada Resolución de 28 de enero de 2020 para un caso similar), que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este expediente, ni el registrador, ni esta Dirección General, pueden –más que analizar– enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista clara y patente constatación, so capa de una pretendida obligación de impedir el acceso al Registro de títulos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisorio establecida por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil).

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que, según las citadas Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero 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 el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión. En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. En apoyo de esta tesis se cita el denominado pacto marciano recogido en el Digesto.

En efecto este Centro Directivo ha admitido 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)»] (vid., por todas, las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero y 27 de octubre de 2020 y 15 de marzo de 2021).

Además, sin prejuzgar por ello cuestiones relacionadas con la aplicación del derecho civil catalán, esta Dirección General no desconoce la existencia de posturas que han cuestionado la indiscriminada aplicación de la prohibición del pacto comisorio a tal derecho civil de Cataluña, ni de pronunciamientos judiciales que han abordado la cuestión con planteamientos según los cuales, a la vista de las circunstancias del caso y de las pruebas practicadas en el proceso, han concluido que no existe en tal derecho civil una prohibición general del pacto comisorio.

Por tales razones el primer defecto invocado por el registrador en su calificación ha de ser necesariamente revocado, porque –como ya se dijo en la Resolución de 28 de enero de 2020 y se reitera ahora– no se deduce de forma patente de lo pactado que estemos ante un contrato de financiación inmobiliaria ni que la opción de compra se constituya en función de garantía de aquélla.

No se puede acoger el argumento del registrador consistente en que la escritura calificada es número de protocolo inmediatamente siguiente al de otra escritura denominada de «resolución al derecho opción de compra», autorizada por el mismo notario y con la misma fecha, y presentada en el Registro con el asiento de presentación inmediatamente anterior al de la escritura recurrida, en la que el concedente de la opción obtiene la cancelación de un derecho de opción de compra ya inscrito mediante el abono al optante, en concepto de «indemnización», de un importe superior al de la prima de la opción en su día pactada. De ahí colige el registrador la existencia de una relación entre las partes intervinientes en ambas escrituras –la de resolución del derecho de opción anterior y la de opción de compra, otorgadas la misma fecha y con número de protocolo seguido–, y considera que existen pruebas y hechos objetivos que, junto a las cláusulas pactadas, permiten detectar al registrador abajo firmante una «causa garantiae» en el negocio de constitución de derecho de opción de compra.

Pero como se ha dicho, corresponde al ámbito judicial la determinación de que tales circunstancias sean constitutivas de infracción de la prohibición de pacto comisorio, pues tales títulos presentados sucesivamente no están vinculados contractualmente entre sí, ni se deduce de forma patente de ninguno de ellos la existencia de una operación de financiación inmobiliaria.

3. El segundo defecto se refiere a la unilateralidad del ejercicio de la opción de compra por parte del optante. Tal posibilidad ha sido reiteradamente admitida por esta Dirección General, y está expresamente admitida además en el artículo 568-12 del Código Civil de Cataluña cumpliendo los requisitos en él establecidos.

Es doctrina reiterada que el principio de consignación íntegra del precio establecido por diversas Resoluciones –entre ellas la de 11 de junio de 2002–, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción, perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos. Así pues, es necesario analizar los eventuales pactos establecidos sobre este particular en cada caso concreto.

Así puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante, igualmente no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que

es de rango preferente al derecho de opción ejercitado o cuando se haya pactado el pago por compensación siempre que no encubra una opción en garantía.

Pero en todos estos casos es fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas. El contrato de compraventa debe estar perfectamente configurado de forma que el concedente queda vinculado al contenido de éste durante el plazo de duración de la opción y el optante puede, en ese mismo plazo, hacer uso de su derecho cumpliendo las obligaciones establecidas, de manera que no es necesario un desarrollo ulterior de la compraventa, bastando con que el optante manifieste su voluntad de ejecutar la opción y entregue el precio pactado para que la misma se perfeccione.

El hecho de que del precio de ejercicio de la opción se descuenten determinados conceptos, en concreto la posibilidad de deducir del importe a pagar en el momento del ejercicio de la opción, no sólo «aquellas cantidades que el comprador deba retener para cancelar las cargas existentes sobre la finca y deudas con respecto a la comunidad de propietarios en que esté ubicada la finca, además de los importes adeudados en concepto de impuestos y contribuciones pendientes de pago en el momento de la formalización del ejercicio de la opción de compra», sino también, «cuantas cantidades reciba la parte vendedora/cedente desde la formalización de la presente opción de compra y hasta el ejercicio de la misma bien en cheques y/o transferencia y/o bien subrogándose en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que graven la finca descrita, bien reteniendo el importe necesario para satisfacer los remanentes de los préstamos hipotecarios y demás cargas que pudieren haber suscritos o bien mediante su consignación notarial» lleva al registrador a entender que puede derivar finalmente en que pueda existir una deuda del concedente de la opción a favor del optante, de forma que éste tenga derecho a «reclamar la diferencia a su favor, lo cual resulta expresivo de la obligación del concedente de la opción de devolver las cantidades que le hayan sido entregadas por el optante o que éste haya pagado por su cuenta y, con ello, la existencia de un contrato de financiación que constituye la causa que posibilita tal reclamación, en el que la opción de compra actúa como mecanismo recuperatorio de todo o una parte de los importes prestados».

Nuevamente se trata de elucubraciones más propias de una investigación judicial de los hechos concurrentes, pues del título tan sólo prevé la realización de entregas de dinero futuras por parte de la optante a la concedente de la opción, que cabalmente deben entenderse como anticipos del precio de la compraventa y no tiene por qué deberse a un negocio de financiación encubierto.

No obstante, debe confirmarse la nota de calificación es la denegación de la de la expresión relativa al pago del precio mediante un «cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento» según se prevé en la cláusula tercera del contrato para el caso de que dicho comprador manifieste una imposibilidad de aportar certificados de saldo pendiente de las deudas en que se haya subrogado o cuyo pago haya asumido.

Esta cláusula contraviene el principio de determinación registral propio de nuestro sistema registral y puede suponer una contravención de la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes la validez del contrato (artículo 1256 del Código Civil).

Ahora bien, la denegación de este inciso, como se argumentará posteriormente, no debe impedir la inscripción del resto del contenido del título.

El inciso analizado sí que dejaría indeterminada la cantidad a consignar en caso de ejercicio de la opción, frente a titulares de cargas posteriores.

En cuanto a la prohibición de pactos que dejen la determinación de la consignación y su importe al arbitrio del optante, la Resolución de 5 de septiembre de 2013, reiterada por muchas otras (entre ellas, las de 16 de diciembre de 2015, 10 de febrero de 2019 y 11 de abril de 2022), «el principio de consignación íntegra del precio pactado, establecido por diversas resoluciones en base a distintos preceptos de nuestro ordenamiento, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo de perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción. El conjunto de

interés en juego exige, para que el mecanismo de cancelación de derechos sin consentimiento de su titular funcione correctamente, que las cantidades deducidas sean indubitadas y consten debidamente acreditadas». Y termina afirmando que «como ha reiterado este Centro Directivo, para que no sea necesaria la consignación a favor de acreedores posteriores, la subrogación o descuento en la hipoteca anterior no puede superar a las correspondientes coberturas hipotecarias. En caso contrario, descuento o subrogación en cantidades superiores, debe consignarse la diferencia».

La regla general se excepciona en aquellos supuestos en los que se pacta por las partes contratantes del derecho de opción que el pago del precio se lleve a cabo en términos que, por ser oponibles frente a terceros, hagan inviable su consignación. La Resolución de 27 de septiembre de 2014 desarrolla esta doctrina en los siguientes términos:

«Es también doctrina reiterada que el principio de consignación íntegra del precio establecido por diversas Resoluciones –entre ellas la de 11 de junio de 2002–, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción, perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos. Así pues, es necesario analizar los eventuales pactos establecidos sobre este particular en cada caso concreto.

Y así puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante, igualmente no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente al derecho de opción ejercitado o cuando se haya pactado el pago por compensación siempre que no encubra una opción en garantía.

Pero en todos estos casos es fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas. El contrato de compraventa debe estar perfectamente configurado de forma que el concedente queda vinculado al contenido de éste durante el plazo de duración de la opción y el optante puede, en ese mismo plazo, hacer uso de su derecho cumpliendo las obligaciones establecidas, de manera que no es necesario un desarrollo ulterior de la compraventa, bastando con que el optante manifieste su voluntad de ejecutar la opción y entregue el precio pactado para que la misma se perfeccione».

4. El tercer defecto se refiere a la no admisibilidad del uso del medio burofax, como forma de comunicación del otorgamiento de la escritura de compraventa en ejercicio de la opción.

La Resolución de 14 de mayo de 2019 ya resolvió esta cuestión al determinar, que en cuanto a la utilización del burofax, si bien este procedimiento se encuentra admitido en determinados ámbitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha sido admitido alguna vez por esta Dirección General como suficiente, cuando legalmente no se exige una forma determinada de notificación, por cuanto permite dejar constancia fehaciente de la entrega de la misma (Resolución de 18 de febrero de 2013, para la citación a los acreedores en las herencias aceptadas a beneficio de inventario); no siempre que exista una falta de determinación legal de la forma de practicar las notificaciones y requerimientos a efectos registrales debe seguirse esta regla, sino que, a falta de pacto, habrá de atenderse a la transcendencia de los efectos que la misma provoca y a los criterios legales existentes para supuestos semejantes.

Así en materia de hipotecas y derechos reales encontramos numerosos supuestos en que, dada la decisiva transcendencia de la notificación, se exige que la misma se verifique por vía notarial (artículos 202 a 204 del Reglamento Notarial) o judicial, no sólo porque se trata de procedimientos que permiten dejar constancia de la entrega sino, también, porque acreditan el contenido de la notificación y la identidad del emitente, y posibilitan la adecuada oposición del receptor. Entre esos supuestos se puede citar el artículo 1504 del Código Civil en cuanto el requerimiento al comprador con precio

aplazado para la resolución de la venta (Resolución de 10 de julio de 2013). Y, en materia de hipotecas: a) el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que habla de «notificación por conducto notarial» por parte de la entidad acreedora subrogante a la entidad acreedora primitiva de la oferta vinculante y de su decisión de subrogarse en la hipoteca y del requerimiento para que entregue el certificado del importe debido; b) el requerimiento de pago al deudor, previo a la ejecución hipotecaria, a que se refiere el artículo 686.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relación con el artículo 581.2 del mismo cuerpo legal, y c) para hacer constar en el Registro el cumplimiento de las condiciones suspensivas o resolutorias que afectaran a la obligación asegurada, o que se han contraído las obligaciones futuras garantizadas, es necesario la presentación de documento público que así lo acredite o solicitud firmada por ambas partes con firmas legitimadas (artículos 238 y 239 del Reglamento Hipotecario).

Por lo que aunque el burofax haya sido admitido jurisprudencialmente para determinadas notificaciones, no puede entenderse suficiente para que –como consecuencia de ella– se proceda a practicar una inscripción en el Registro de la propiedad a favor del optante por vía unilateral, debiendo preverse una notificación por conducto notarial para que opere el ejercicio extrajudicial unilateral de la opción.

5. En cuanto al cuarto defecto tal y como establece la doctrina continuada de este Centro Directivo (en Resoluciones de 18 de abril de 1994, 14 de julio de 2016 y 27 de octubre de 2020) «(...) el Registrador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes, pero lo que no puede hacer es alterar su contenido y transformar (...) inscribiendo lo que las partes no estipularon en la escritura pública».

Añade la Resolución de 13 de febrero de 2012 que debe recordarse, para los supuestos de inscripción parcial, que el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51.6.ª del Reglamento Hipotecario), de manera que dicha inscripción parcial solicitada no puede desnaturalizar el negocio que ha sido celebrado por partes.

Las cláusulas denegadas por carecer de transcendencia real, deberán ser denegadas conforme a las reglas generales (artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 9 del Reglamento Hipotecario), y el resto del contenido del título deberá por tanto ser objeto de inscripción parcial si el interesado lo solicita (artículo 565 del Reglamento Hipotecario), cosa que el registrador nunca ha discutido. Tan sólo se opuso a inscribir la operación en su globalidad, por entender que concurría el primer defecto señalado en la nota de calificación. Pero una vez revocado éste nada impide la inscripción parcial del título sin las cláusulas obligacionales una vez se subsane la forma de notificación –que sí es una cláusula esencial del contrato– conforme a lo dicho al analizar el tercero de los defectos de la nota de calificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso tan sólo en cuanto al defecto primero, revocando en esto la nota de calificación; y desestimar el recurso, confirmando la nota de calificación, en cuanto inciso relativo al cálculo del precio de ejercicio de la opción mediante un «cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento», así como los defectos tercero y cuarto, en los términos resultantes de los anteriores fundamentos de Derecho.

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

Madrid, 18 de julio de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.