

Capital privado

Opciones de compra con pactos comisorios permitidos y prohibidos

Análisis de dos resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anterior Dirección General de los Registros y del Notariado) sobre la inscribibilidad de opciones de compra comisorias.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. La opción de compra con pacto comisorio prohibido (RDGSJyFP de 10 marzo del 2022)

En la escritura analizada se estipulaban los siguientes pactos: suspensión temporal de las ejecuciones hipotecarias por los créditos objeto del contrato; compromiso de cesión futura de derechos de crédito; se faculta al vendedor para resolver anticipadamente el contrato para el caso de desistimiento o incumplimiento del comprador. Se pacta a favor del vendedor —y acreedor— una opción de compra sobre las fincas hipotecadas, con carácter gratuito «únicamente en el caso de que no se verifique el pago de cualesquiera de los importes establecidos [...]», durante

un plazo de treinta días hábiles desde las respectivas fechas del pago del precio; se concede un poder irrevocable a favor del vendedor para el otorgamiento de las escrituras de compraventa en representación del deudor y de los concedentes. En relación con el precio de opción de compra se establece lo siguiente:

El precio de adquisición de las fincas hipotecadas será equivalente al importe de la deuda pendiente bajo los préstamos hipotecarios del que, proporcionalmente responda cada una de las fincas hipotecadas respecto de las que se ejercite la opción de compra. Dicho precio

se abonará, bien mediante compensación con cargo a la deuda pendiente, en caso de que el adquirente sea el vendedor, bien mediante asunción del importe correspondiente de deuda pendiente por parte del adquirente y liberación del deudor por dicho importe, en el caso de que el adquirente sea una sociedad de su grupo designada por Voyager.

La Dirección General declara que se trata de una opción de compra que incorpora un pacto comisario prohibido. A diferencia de los supuestos de pacto marciano admitidos por dicho órgano directivo, no se regula con extensión alguna un procedimiento en el que se intente dar estricto cumplimiento a lo prevenido en la citada doctrina y jurisprudencia sobre esa figura; el procedimiento de valoración del bien no es objetivo (cfr. la cita literal anterior). Por tanto, no quedan suficientemente garantizados los derechos de terceros (por ejemplo, mediante el depósito notarial del sobrante). Con tal regulación no queda erradicado todo posible reproche de ilicitud o inmoralidad.

2. La opción de compra con pacto comisario permitido (RDGSJyFP de 15 de marzo del 2021)

La escritura rezaba así:

El procedimiento se iniciará mediante requerimiento dirigida [sic] al notario de Celanova (y si hubiere más de uno, al de más antigüedad en la plaza) por el titular del derecho real de opción, expresando las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto

de la reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos.

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

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

Cumplido lo anterior, y transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y la última de las notificaciones antes expresadas, el titular del derecho real de opción le solicitará al dicho notario el avalúo de la finca objeto de esta escritura en dicho momento, avalúo que se llevará a cabo por un arquitecto

elegido por sorteo en la notaría de Celanova de entre los colegiados en el Colegio de Arquitectos de Ourense. El arquitecto entregará la valoración al notario en el plazo de quince días desde su aceptación, y el notario lo notificará a todos los interesados, los cuales en el plazo máximo de quince días a contar desde la última notificación podrán presentar las alegaciones e informes que tengan por conveniente.

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

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

Del dicho valor se descontará también la cantidad a que ascienda el crédito pendiente de pago y los intereses asegurados por la hipoteca constituida en la presente

escritura en el dicho momento de ejercitarse la opción de compra, así como los ga[s]tos a que luego se hará referencia.

Todas estas liquidaciones serán aprobadas por el dicho notario.

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

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

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

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

El derecho de opción habrá de ejercitarse en los plazos máximos

que resultan del procedimiento dicho, y, en todo caso, antes del día 10 de julio del 2027.

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

3. La razón de la diferencia

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 de éste que excluya la situación de abuso para el deudor (pacto marciano en el *Digesto* 20, 1, 16, 9). La Sentencia de 21 de febrero del 2017, respecto de un compromiso obligacional de los deudores hipotecarios otorgado a los fiadores en garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria, afirmó que son dos los presupuestos que caracterizan la aplicación de la figura del pacto comisario: «En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor». Así, esta sentencia centra la inadmisión del pacto comisario 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.

La prohibición del pacto comisario 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 (*cf.* Sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997 y de 10 de marzo del 2004; y, en un caso en que los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente —Bolsa de Nueva York—, la Sentencia de 24 de junio del 2010).

4. Dos cuestiones pendientes

— Primera

¿Deberá articularse un sistema de ejecución o valoración notarial para que el procedimiento de compra pueda salvarse de la prohibición del artículo 1859 del Código Civil? Seguro que existen otros procedimientos, y la primera resolución se limita a poner el segundo caso como modelo de procedimiento objetivable, pero explícitamente admite que se puedan acordar procedimientos convencionales de valoración al estilo de las garantías financieras.

— Segunda

Los casos resueltos se refieren a opciones de compra en garantía de deuda financiada. ¿Podrá pactarse un

procedimiento convencional de ejecución objetivable cuando se haya constituido una hipoteca inmobiliaria? Parece que no, porque en este punto no sólo el artículo 1859 del Código Civil es imperativo, sino también todo el sistema

de ejecución judicial o notarial. Claro es, nada impide que las partes acordaran una opción de compra comisoría en lugar de una hipoteca, huyendo de esta forma del rigorismo y costes de la hipoteca.