

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3011 *Resolución de 21 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Lucena del Cid, por su negativa a inscribir una escritura de constitución de un derecho de opción de dación en pago.*

En el recurso interpuesto por doña Isabel Cabezas Albiñana, notaria de Segorbe, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Lucena del Cid, doña Rosa María Pilar Romero Paya, por su negativa a inscribir una escritura de constitución de un derecho de opción de dación en pago.

Hechos

I

El diecisiete de junio de dos mil diez, la notaria de Segorbe, doña Isabel Cabezas Albiñana, autorizó una escritura, bajo el número 580 de orden de protocolo, por medio de la cual la compañía mercantil «Sierra IV, S.L.», dedicada a la promoción inmobiliaria, reconocía una serie de deudas a favor de una compañía mercantil, «Martínez y Ors, S.L.», y de unas personas físicas que facturaban como una comunidad de bienes, derivadas de ciertos trabajos de construcción de edificaciones que habían llevado a cabo estas últimas, y se constituía por la deudora, a favor de éstas, un derecho de opción de dación en pago recayente sobre diferentes inmuebles.

II

Presentada la escritura para su inscripción es calificada negativamente por la registradora de la Propiedad de Lucena del Cid mediante nota expedida el 29 de octubre de 2012, siendo el texto de su calificación el siguiente: «Hechos: Por el documento que motiva la presente nota de calificación la entidad Sierra IV, S.L., dueña de una serie de inmuebles sitios en Segorbe y en el término municipal de Alcora (registrales 19322 a 19330) manifiesta que adeuda a la entidad Martínez y Ors, S.L., la suma de 1.506.473 euros y para su satisfacción le concede una opción de dación en pago. Se observan los siguientes defectos que impiden la práctica de las operaciones solicitadas: 1. El plazo concedido para el ejercicio de la opción de los inmuebles sitios en Segorbe excede del plazo legal máximo establecido, pues se conceden dos plazos: uno que comienza el 31 de mayo de 2015 y que finalizará el 31 de mayo de 2016 y otro que comienza el 31 de mayo de 2017 y finaliza 31 de mayo de 2018. La escritura está autorizada el 17 de junio de 2010, por lo tanto, y aunque para su ejercicio se pacte un periodo de un año, lo cierto es que los bienes quedan sujetos al posible ejercicio del derecho de opción por un plazo superior al permitido legalmente. 2. Se concede a Martínez Ors, S.L., la facultad de ejercer la gestión de venta de los inmuebles siempre que del precio de la transmisión la entidad Sierra IV, S.L., perciba el impuesto de sociedades correspondiente y si el precio de la transmisión una vez pagado el impuesto de sociedades a Sierra IV, S.L., no llega a cubrir el importe de la deuda la entidad Martínez y Ors, S.L., asumirá dicha pérdida. 3. Se concede a Sierra IV, S.L., la facultad de vender los inmuebles, excepto los sitios en Alcora siempre y cuando en el momento de escriturar la transmisión pague a Martínez y Ors, S.L., la parte de deuda coincidente con el valor fijado a cada bien inmueble para la dación en pago. 4. Y además se estipula que en caso de pago de la totalidad de la deuda con anterioridad al ejercicio de la opción de dación en pago, ésta quedará extinguida sin necesidad de requerimiento alguno. Entiendo que los pactos establecidos

ponen de manifiesto que se ha concedido una opción de dación en pago en garantía del pago de una deuda y por tanto un pacto comisorio prohibido por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Fundamentos de Derecho: 1. Artículo 14 del Reglamento Hipotecario, que establece un plazo máximo de ejercicio de la opción en cuatro. 2. Artículos 1859 y 1884 del Código Civil que prohíben el pacto comisorio. 3. Resolución de 20 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación en el término de 60 días desde la notificación conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado expresamente. Contra esta (...) En Lucena del Cid, a 29 de octubre de 2012. La Registradora (firma ilegible y sello del Registro). Fdo. Rosa María Pilar Romero Payá».

III

A la vista de dicha calificación, por parte de la notaria autorizante, se interpone el correspondiente recurso en base a los siguientes hechos y fundamentos jurídicos: «Hechos: I. Que el día 17 de junio de 2010, la recurrente autorizó la aludida escritura en la cual la mercantil “Sierra IV, S.L.”, reconocía la deuda contraída frente a la mercantil “Martínez y Ors, S.L.”, por los trabajos de construcción efectuados por la segunda a favor de la primera, concretando la cuantía de la deuda y reconociéndola como vencida, líquida y exigible. En pago de parte de la reconocida deuda, se entregó en dicho acto por la parte deudora a la acreedora un cheque bancario nominativo, pactando las partes para la satisfacción del resto de la cantidad adeudada un derecho de opción de dación en pago a ejercitar en determinados plazos sucesivos sobre fincas propiedad de la mercantil deudora. II. Que dicha escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Lucena del Cid (Castellón), donde causó el asiento 1670 del diario 41, acompañándose al presente escrito testimonio de la copia autorizada de la misma. Siendo calificada dicha escritura como resulta de la nota que asimismo se acompaña al presente escrito. Apoyan estos, en contra de la calificación recurrida, los siguientes fundamentos de Derecho: Primero.—Que la Sra. registradora entiende que se ha concedido una opción de dación en pago en garantía del pago de una deuda y, por tanto, un pacto comisorio prohibido por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, si bien frente a ello cabe destacar que los artículos aludidos se encuentran ubicados en sede de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis, figuras distintas del negocio objeto de calificación, que no se configura como garantía sino como opción de dación en pago con finalidad solutoria. En ningún momento la parte acreedora ha tenido los bienes en concepto de prenda, hipoteca o anticresis, y no ostenta la posesión de los mismos, pues su interés es proceder al cobro de la deuda. Segundo.—El pacto comisorio implica que el acreedor se reserva el derecho de apropiarse de un bien dado en garantía, pero en el caso que nos ocupa el negocio tiene finalidad solutoria, y así lograr la liquidación de la deuda a través de una efectiva opción de dación en pago. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 13 de marzo de 2000, ha admitido que vencida y líquida la deuda, pueda convenirse la entrega de ciertos bienes en pago de la misma sin que ello implique pacto comisorio. En el supuesto objeto de calificación, se contempla una deuda existente con anterioridad a la fecha de la escritura calificada (y así se desprende del expositivo I en el que se relacionan detalladamente las facturas emitidas con fecha 2009), reconocida por las partes como vencida, líquida y exigible, y que no se encuentra garantizada, por lo que las partes pretenden instrumentar una forma de pago. A diferencia del supuesto contemplado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de julio de 2012, en el que el pacto de cesión fue simultáneo al nacimiento de la deuda, derivada de un préstamo que se concede en la misma fecha de la escritura y para el que se pacta el devengo de intereses durante toda la vida del mismo, en nuestro caso la deuda es preexistente, no está sujeta a devengo de intereses que pudieran incrementar su cuantía, hallándose perfectamente determinada, líquida y vencida. Tercero.—Acreedor y deudor, en el presente caso, buscan la liquidación y extinción total de la deuda, con el efecto extintivo por pago de la obligación previsto en el artículo 1156 del Código Civil. Prueba de ello son

la compensación de créditos que se realiza en primer lugar entre ambas partes en el propio instrumento calificado, así como el pago parcial de la deuda reconocida mediante la entrega de un cheque bancario. Reforzando tal interpretación los pactos especiales, que conceden al deudor la facultad de arrendar las fincas para obtener liquidez e incluso poder venderlas para obtenerla, dejando abierta la posibilidad de pago en metálico antes de que se cumpla el plazo concedido para el ejercicio de la opción. De todo ello se desprende la voluntad de cobro en metálico de la acreedora, que no persigue en primer término la apropiación de las fincas. Cuarto.—En cuanto al fundamento de 1ª prohibición del pacto comisorio en nuestro ordenamiento jurídico, el abuso de la posición de acreedor, hay que destacar que en nuestro caso las partes intervinientes como acreedor y deudor son dos sociedades mercantiles con objeto social dedicado a la construcción, promoción, compraventa de inmuebles, etc., que con el acuerdo instrumentado en la escritura objeto del presente, tratan de lograr un resultado equilibrado y lo más ventajoso posible para ambas, teniendo en cuenta las dificultades actuales derivadas de la situación socioeconómica, y los consecuentes graves problemas de liquidez que sufren los operadores del mercado. Así pues, esta realidad social ha de ser tenida en cuenta en la aplicación de las normas tal y como se establece en el artículo 3 del Código Civil, y está dando lugar a profundos cambios en el orden económico, social y como consecuencia, jurídico. Al amparo del principio de autonomía de la voluntad, las partes, en la escritura objeto del presente, llegan a un acuerdo en cuanto al valor de cada una de las fincas, que no adolece de la infravaloración aludida en la Resolución de la D.G.R.N de 10 de junio de 1986, como uno de los requisitos de la existencia de pacto prohibido. Además, no parece que en el presente caso pueda considerarse abusiva la posición del acreedor, el cual podría haber instado judicialmente el reconocimiento de su derecho de crédito, solicitando la traba y posterior ejecución de los bienes del deudor, adjudicándose los por un valor más bajo como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 670.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procedimiento por el que no opta el acreedor, preservando al deudor con ello de las consecuencias negativas que podrían suponer para el deudor, derivadas de las infravaloraciones en las subastas y la posible subsistencia de parte de la deuda. Así las cosas, las partes, en evitación de lo anterior pactan en la escritura pública objeto del presente recurso una efectiva opción de dación en pago que el acreedor adquiere en el acto, no sujeto a condición sino con eficacia solutoria inmediata, conviniéndose una serie de plazos amplios y sucesivos para el ejercicio del derecho (no para su nacimiento, que es efectivo en el momento del otorgamiento y conlleva por tanto la satisfacción de la deuda con carácter extintivo), y pactándose en la forma prevista en los pactos especiales contenidos en la escritura pública objeto del presente, la posibilidad de pago en metálico hasta tanto no llegue el plazo de ejercicio del derecho de opción. Posibilidad que demuestra, que la intención del acreedor no es el abuso de su posición. Quinto.—Se considera, por tanto, en base a lo anteriormente expuesto, que no se dan los presupuestos para la existencia de un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del supuesto de hecho que motivó la Resolución de la D.G.R.N., invocada por la registradora del Registro de Lucena del Cid en su calificación. Teniendo en cuenta, tal y como se recoge en la Resolución de la D.G.R.N. de 13 de marzo de 2.000: “el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva no puede presumirse ni ésta aplicarse extensivamente”».

IV

El registrador de la Propiedad accidental de Lucena del Cid, dada la baja por enfermedad de su titular, presentó su informe manteniendo la indicada nota de calificación.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 3, 6, 515, 1125, 1156, 1170, 1175, 1255, 1281 a 1289, 1445 y siguientes, 1521, 1536, 1636, 1849, 1859 y 1884 del Código Civil; 2 y 18 de la Ley Hipotecaria; 7 y 14 del Reglamento Hipotecario; Ley 495 del Código Foral de Navarra;

Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de medidas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública; las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1895, 27 de marzo de 1926, 15 de febrero de 1980, 22 de mayo de 1981, 17 de mayo de 1983, 25 de septiembre de 1986, 14 de septiembre, 5 y 9 de octubre de 1987, 13 de febrero, 4 y 9 de octubre, 6 de noviembre y 15 de diciembre de 1989, 29 de abril de 1991, 7 de octubre de 1992, 15 de noviembre de 1993, 8 de febrero de 1996, 18 de febrero, 28 de junio y 16 de octubre de 1997, 9 de septiembre de 1998, 25 de mayo de 1999, 24 de enero (Sala 3.ª), 16 de mayo y 30 de noviembre de 2000, 31 de enero (Sala 3.ª) y 26 abril de 2001, 27 de septiembre y 4 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2004, 2 de julio 2008 y 27 de enero y 17 de septiembre de 2012; y las Resoluciones de este Centro Directivo, entre otras, de 27 de marzo de 1947, 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982, 10 de junio de 1986, 10 de abril, 30 de junio, 10 y 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo, 4, 18 y 22 de septiembre de 1992, 18 octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 27 de octubre de 1999, 13 y 27 de marzo de 2000, 19 de febrero de 2002, 23 de abril de 2003, 20 y 26 de mayo y 10 de julio de 2005, 26 de noviembre de 2008, 12 de marzo de 2009, 14 de diciembre de 2010 y 20 de julio de 2012.

1. Dos son las cuestiones que son objeto de debate en este recurso: la primera plantea la viabilidad de una opción de dación en pago, constituida sobre determinados inmuebles, a la luz de la prohibición del pacto comisorio. La segunda hace referencia al plazo máximo por el que puede constituirse un derecho de opción inscribible en el Registro de la Propiedad.

Son hechos relevantes, los siguientes:

– Una compañía promotora reconoce (por sí y por otros) una deuda a favor de otra compañía constructora, y de otras dos personas, que giran en el tráfico como una comunidad de bienes. Se reconoce asimismo una cantidad que por venta de materiales la constructora adeuda a la promotora.

– Se reseñan las facturas de las que resulta la deuda, y los trabajos que las originaron, se reflejan algunos pagos parciales previos, y se fija el importe de la deuda con la referida compañía constructora y con la expresada comunidad de bienes. Asimismo se describen las fincas objeto de la escritura, que salvo afecciones urbanísticas y servidumbres, están libres de cargas.

– Se concilia y establece la deuda pendiente, teniendo en cuenta los pagos previos y la compensación hasta la cantidad concurrente. Asimismo se consigna que la escritura se otorga para articular el pago de la deuda, que se declara vencida y exigible.

– En la parte dispositiva de la escritura se estipula lo que sigue:

a) Un pago parcial de la deuda mediante cheque bancario (aproximadamente un 25%), fijándose la cantidad restante que está vencida y queda pendiente de pago.

b) Para satisfacción de la deuda, se conviene la opción de dación en pago, estableciéndose un «precio de transmisión» para cada una de las fincas objeto de la opción.

c) Como condiciones de la opción, se establece un precio simbólico por su concesión. Asimismo se conviene que el plazo para su ejercicio será de un año, estableciéndose fechas de comienzo y finalización de dicho plazo diferentes, en función de las distintas fincas, pero con fecha de comienzo diferida respecto al momento de la constitución de la opción en la escritura, pues siendo la fecha de ésta del año 2010 comienza la fecha de ejercicio para dos fincas el 31 de mayo de 2017 y termina el 31 de mayo de 2018 y para otras fincas otros plazos de comienzo y terminación dando lugar a un plazo de la opción superior a cuatro años desde la fecha de la escritura.

Se prevé que la opción sólo puede ejercitarse si llegado el plazo hay deuda pendiente de pago.

d) Paralelamente, en la escritura se conviene que hasta que se ejercite la opción (cuyo ejercicio se sujeta a término inicial diferido según se ha dicho) puede la concedente vender las fincas libremente siempre que del precio obtenido destine una cantidad, igual al valor atribuido por ambas partes a cada finca, al pago de la deuda reconocida. E incluso, se encomienda la gestión de venta a la optante, estableciéndose que si, por mor de la misma, se vendiese (decisión que en última instancia correspondería a la concedente), la propietaria tiene derecho a retener una cantidad (para el pago del impuesto de sociedades que se devengue por razón de la venta) y a que se impute a la deuda reconocida, el resto del precio, pero si éste fuese menor al valor que se le atribuye a la finca en la escritura examinada (una vez pagado el indicado impuesto), se tendrá extinguida la deuda por este último valor, asumiendo la acreedora dicha pérdida. Y se prevé también que la propietaria concedente tenga la facultad de vender pero con la limitación de que ha de pagar el importe de la deuda en la misma escritura de compraventa que otorgue.

2. La relación jurídica que subyace en el título que origina este expediente, y que pretende su acceso registral, viene constituida por un derecho de opción de dación en pago, esto es, de 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). En principio, nada obsta a que se pueda constituir un derecho de opción como el referido, pues, la dación en pago es una categoría contractual que está ampliamente admitida por la jurisprudencia y por la práctica jurídica. Nuestro Alto Tribunal, viene estableciendo una constante doctrina que se concreta en los siguientes postulados, a) «que la *datio pro soluto*, significativa de adjudicación del pago de las deudas se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1989). b) En cuanto a su régimen jurídico «bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo»... «ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1989). c) Por su parte, esta aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago, «determina que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes, sea un crédito cierto, lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa determinación». Se configura así como «elemento esencial» configurador de este contrato la concurrencia de un crédito, que se extingue con la adjudicación de los bienes, que ha de ser «un crédito cierto», lo que implica su concreta determinación: «crédito líquido que sirva de contraprestación a la entrega o adjudicación de bienes hecha con la finalidad de extinguir aquél» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996).

3. Asimismo, la opción es un derecho reconocido por nuestro ordenamiento, pero 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, del cual procede ocuparse después. Y 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). 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, como parte del orden público de nuestro derecho de garantías, se destaca la prohibición del pacto comisorio establecida en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, cuya infracción alega la registradora.

4. Ciertamente, el Código Civil, siguiendo el ejemplo del Derecho Romano, 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 (Resolución de 20 de julio de 2012, que reitera otras muchas anteriores como las de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 30 de septiembre de 1998 y 26 de noviembre de 2008). La prohibición del comiso, es imperativa y de orden público (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 abril de 2001), considerándose comúnmente que 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.

De estas consideraciones resultan los elementos que configuran el alcance de esta prohibición:

a) 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 garantizada; 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.

b) 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 garantice», 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 de 4 de diciembre de 2002), si bien esta nulidad, en principio, sólo afecta a la cláusula comisorio (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000).

c) El comiso prohibido, es el que se conviene *ex ante*. La ratio de la prohibición no es sino asegurar, en los términos vistos, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevalece 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 comisorio 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). Por eso, la Resolución de 20 de julio de 2012 no se refiere al supuesto en que la deuda esté vencida y sea líquida.

5. Centrándonos en las circunstancias concurrentes en este caso, éstas ponen de manifiesto que, aunque se expresa en la escritura que el convenio se establece «para articular el pago de la referida deuda» y que «para su satisfacción concede un derecho de opción de dación en pago», e incluso que la deuda está vencida y líquida, todo lo cual propendería a considerar que la citada opción de dación en pago tiene una función de liquidación, lo cierto es que existe la función de garantía que da lugar al pacto de comiso prohibido, pues no se trata, evidentemente, de una dación en pago respecto a una deuda anterior, que lógicamente sería admisible, sino de una opción de dación en pago, de la que resultan una serie de circunstancias que inclinan claramente a esa función de garantía: a) aunque la deuda está vencida y líquida, al pactarse una opción de dación en pago diferida en cuanto al momento de su ejercicio, da lugar a un aplazamiento del pago de la deuda, determinando que se modifica su vencimiento, pues no es exigible mientras no llegue el momento inicial en que se puede ejercitar la opción de dación en pago; b) durante ese tiempo la función de garantía de la opción es evidente, pues se mantiene la deuda como no exigible, sin que el concedente esté obligado a pagarla, lo que implica la modificación de su vencimiento y exigibilidad, y durante ese tiempo la entidad acreedora cuenta con la garantía de la opción que todavía no puede ejercitar o consumir, pero sí hacerla valer como derecho preferente frente a cualquier otro derecho que pueda constituir en ese tiempo el dueño de las fincas; c) incluso en ese lapso de tiempo se refuerza la garantía del optante al establecer una limitación a la facultad dispositiva del dueño, que puede vender pero pagando la deuda en la misma escritura de compraventa; d) y aunque la deuda venía establecida con anterioridad a la constitución de la opción, se modifica su vencimiento y exigibilidad en el mismo acto en que se constituye el derecho de opción, con lo que no puede hablarse de pacto *ex intervallo*, pues se ha establecido la garantía de la opción en el mismo momento en que se modifica la fecha de vencimiento, que es posterior al momento de constitución de la garantía como consecuencia de la sujeción del ejercicio de la opción de dación en pago a un término inicial posterior. Con ello, el supuesto de hecho que se plantea, a pesar de su aparente complejidad, viene a ser similar al caso planteado en la Resolución de este Centro Directivo de 20 de julio de 2012, en el que no se admitió una dación en pago sujeta a la condición suspensiva de que el deudor no pagara la deuda. En el presente caso, si el deudor no paga la deuda antes de que comience el período aplazado del ejercicio de la opción de dación en pago, ésta entra en funcionamiento, ya que si el deudor paga antes, la opción queda extinguida. Se da, por tanto, el supuesto del artículo 1859 del Código Civil, que prohíbe el pacto por el cual el acreedor pueda apoderarse de la cosa dada en garantía o disponer de la misma. La deuda, aunque estaba vencida, deja de estarlo en virtud de la concesión de la opción de dación en pago diferida a un momento posterior antes del cual la entidad deudora puede pagar o no, mientras no llegue ese término, funcionando la opción como garantía del pago ya desde el principio, aunque su ejercicio se difiera a un momento posterior. En consecuencia, procede confirmar la nota calificadora sobre el pacto de comiso.

6. Analizada la primera cuestión sobre el pacto comisorio, queda por resolver si el derecho de opción de dación en pago es o no inscribible teniendo en cuenta el plazo máximo de cuatro años establecido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, que en este caso, teniendo en cuenta la fecha de la escritura en que se constituye la opción, excede de dicho plazo, aunque atendiendo a las fechas de ejercicio, la opción se conceda por plazo de un año variable en cuanto a sus fechas de comienzo y finalización respecto a cada finca.

Es verdad, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 octubre 1997, que «constituye uno de los elementos principales de la opción (...) la concreción de un plazo para su ejercicio», que como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2012 será de caducidad; y es que el establecimiento de un plazo está plenamente justificado pues «la vigencia de la opción únicamente durante un tiempo determinado e inexorable es consustancial a su propia naturaleza pues de no ser así quedaría a voluntad del optante de modo indefinido la posibilidad de perfeccionar la compraventa; y la

particularidad que tal derecho de opción supone respecto de lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil («la validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes») se convertiría en un definitivo desconocimiento de tal principio elemental de la contratación» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2008).

Siendo esencial el establecimiento de un plazo de la opción como derecho potestativo que no puede quedar indefinido ni a la voluntad de las partes, es aplicable el límite máximo establecido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, que no puede exceder de cuatro años, debiendo interpretarse que es un plazo de «duración» del derecho, con independencia de que pueda limitarse el plazo de ejercicio pero siempre dentro del plazo máximo de duración del derecho. El plazo debe computarse, por tanto, desde el momento mismo en que se constituye la opción, sin que pueda dilatarse bajo el subterfugio de establecer un cómputo posterior para su ejercicio, pues en tal caso, se permitiría que la opción estuviera vigente durante más de cuatro años desde su constitución. Aunque el artículo 14 se refiere al plazo de ejercicio de la opción estableciendo que no puede exceder de cuatro años, el cómputo es desde la fecha de su constitución, pues aunque las partes concreten el período de ejercicio en la forma que tengan por conveniente, ha de ser siempre dentro de los cuatro años desde la vigencia del derecho de opción. Hay que observar que, aunque el ejercicio se difiera a un momento posterior a la constitución, el derecho de opción tiene ya efectos y cumple la función de garantía señalada desde el momento de su constitución. El artículo 14 del Reglamento Hipotecario lo que pretende es establecer un plazo de «vigencia» o sea de «duración» del derecho de opción, según la expresión que utiliza el último párrafo, sin que la referencia al plazo de ejercicio pueda significar que el cómputo puede elegirse libremente por las partes a su conveniencia alargando el que viene establecido de modo uniforme en el artículo 14 del citado Reglamento como plazo de duración y de caducidad del derecho mismo que se constituye. Dicho artículo 14 del Reglamento Hipotecario tiene plena vigencia y fundamento a efectos registrales, según han reconocido las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1997 y de 10 de septiembre de 1998, entre otras. En definitiva, este plazo máximo se establece en el artículo 14 atendiendo al momento de su constitución y no al momento de su ejercicio, pues el derecho de opción, desde que se pacta cumple ya una función de garantía y surte efectos desde el principio, sin perjuicio de que, en todo caso, para los efectos respecto a terceros, éstos se produzcan a partir de la inscripción. El tiempo de ejercicio pueden pactarlo libremente las partes, pero siempre dentro del plazo máximo de cuatro años desde la constitución del derecho de opción.

Al exceder, en este caso, el plazo de duración de la opción de los cuatro años desde su constitución, procede confirmar igualmente el defecto establecido en la nota calificadora sobre esta cuestión.

Y se confirma esta solución por analogía con lo dispuesto en el artículo 1508 del Código Civil en relación con el plazo de cuatro años previsto para el retracto convencional en que se prevé el cómputo «desde la fecha del contrato», tratándose de un derecho real de adquisición como el derecho de opción, que responde a la misma «ratio» que la del artículo 14 del Reglamento Hipotecario en cuanto al señalamiento de un plazo de duración y su cómputo.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación registral.

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, 21 de febrero de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.