

CABE LA PRORROGA DE LA OPCION DE COMPRA INSCRITA, ANTES DEL TRANSCURSO DEL PLAZO DE VENCIMIENTO, POR UN NUEVO PLAZO MAXIMO DE CUATRO AÑOS, COMPUTADOS DESDE LA FECHA DE LA NUEVA ESCRITURA, PERO TAL PRORROGA NO PERJUDICARA LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL INTERMEDIO POR TERCEROS (RESOLUCIÓN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1987. «BOE» DE 14 DE OCTUBRE).

Hechos.—I. En escritura otorgada ante el Notario recurrente el 23 de febrero de 1985, don Laurentino Ballesteros Ballesteros y su esposa prorrogaron durante cuatro años el plazo concedido a don Jesús Cenizo Barreña, en escritura otorgada ante el mismo Notario el 7 de marzo de 1981, para ejercitar el derecho de opción a comprar una vivienda propiedad de los esposos.

II. Presentada la citada escritura de prórroga en el Registro de la Propiedad número 8 de Bilbao, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento con fecha 20 de mayo último, bajo el asiento 1.396 del diario 1 y número 2.113 del libro de entrada; retirado con la misma fecha de presentación y vuelto a presentar con fecha 26 del presente mes, se deniega su inscripción por el defecto insubsanable de que constituida la opción por el plazo máximo de cuatro años e inscrita en dichos términos, su prórroga —hipotecariamente— no parece posible por contradecir los términos del artículo 14 del vigente Reglamento Hipotecario.—Bilbao, 28 de junio de 1985.—El Registrador.—Firmado, Lorenzo Sarmiento Hueso».

III. El 10 de junio de 1985, los interesados otorgaron escritura aclarando que lo que se había pretendido hacer en la escritura antes referida era constituir un nuevo derecho de opción y no prorrogar el anterior, practicándose la inscripción el día 28 de agosto de 1985.

IV. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo, a efectos meramente doctrinales, contra la anterior calificación, y alegó: Que la cuestión consiste en determinar desde qué momento se debe contar el plazo de cuatro años que señala el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, cuando se ha prorrogado un derecho de opción que estaba vigente y se pretende que la prórroga acceda al Registro. Que se considera que se debe contar desde que se otorgó la escritura en que se instrumentó la prórroga y no desde que se constituyó, puesto que no se vulnera el plazo máximo de cuatro años; así, pues: 1.º En el caso contrario, se producen resultados absurdos, como que durante la vigencia de un derecho de opción no puedan los interesados, pretendiendo lograr un resultado lícito, ampliar el plazo de dicho derecho, manteniendo las demás condiciones, siendo la única solución la de constituir un nuevo derecho de opción; solución ficticia, porque cuando son idénticas las personas, las condiciones y el bien sobre el que se concede el citado derecho, variando solamente el plazo, lo que se constituye es una prórroga de dicho derecho. 2.º El último párrafo del artículo 144 del Reglamento Hipotecario rechaza la posibilidad de prórroga «tácita o legal» del derecho de opción, pero no la «voluntaria expresa», que la admite *a sensu contrario*, y aunque dicho párrafo se refiere al ámbito del contrato de arrendamiento, puede ampliarse a otros casos. 3.º La Compilación de Navarra, que es el único texto legal español que contempla la prórroga del derecho de opción en sí

mismo considerado, en la Ley 461 limita la prórroga tácita y no se refiere a la voluntaria expresa, pareciendo que da por supuesto que dicha prórroga es posible y más cuando está admitida en el párrafo segundo de la misma Ley, en el caso que el derecho de opción vaya anejo a un contrato que se prorroga.

V. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que la nota de calificación, sin entrar para nada en cómputo de plazo alguno, lo que viene a decir es que la prórroga es imposible por impedirlo una norma legal: El artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Que la escritura calificada solamente dice cuándo termina el plazo de la prórroga y nada dice que haya de contarse desde la escritura de prórroga, pues si lo hubiese dicho así, haciéndose constar en la inscripción, hubiera podido practicarse ésta, salvando los principios hipotecarios. Que la doctrina más autorizada interpreta con máxima dureza la limitación de plazo que hipotecariamente ha de imponerse a la opción inscribible. Que gramaticalmente «prorrogar» significa «continuar un plazo por tiempo determinado» y una opción inscrita por cuatro años no puede «continuar»; se puede pactar una opción nueva, quedando claro el asunto para terceros. Que las partes son libres para acogerse o no en la opción al juego hipotecario, pero si se acogen a él, mediante la inscripción, han de seguir sus reglas inexorablemente; así, pues, hay pactos válidos *inter partes* que no pueden tener acceso al Registro, como sucede en los casos de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 1955 (*sic*) y Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1955 y como sucede con la prórroga de la opción cuando se prorroga el arriendo que la sustenta. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1950, 17 de mayo de 1954 y 21 de noviembre de 1963, entre otras. Que en caso de prórroga de una opción es difícil determinar si los efectos registrales son *ex tunc* o *ex nunc*, y la calificación emitida, en base al principio de especialidad, sólo ha permitido la inscripción de una nueva opción, con efectos *ex nunc*, dejando resuelta la problemática teórica que se hubiese producido, de seguir la tesis del recurrente, teniendo en cuenta la existencia de un embargo vigente sobre la finca objeto de la opción. Que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario sólo habla de prórroga «tácita o legal» del arriendo, pero no de la opción subsidiaria al mismo, siendo poco adecuado técnicamente sacar de ello consecuencias a *sensu contrario*. Que la regulación que la Ley 461 de la Compilación de Navarra hace de la opción significa que el sistema es distinto al Derecho común y la única consecuencia que se puede deducir es que el legislador, cuando quiere permitir una prórroga, lo dice expresamente.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao confirmó la nota del Registrador, fundándose principalmente en el párrafo tercero del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, que, aplicando el criterio del artículo 3, 1.º, del Código Civil, establece un único y máximo plazo de cuatro años para el ejercicio de la opción, y que: a) no puede prorrogarse más allá de esa duración; b) cabrán prórrogas sólo cuando la duración del cómputo de ellas, reunidas o sumadas, no rebase ese plazo, y c) el plazo es de caducidad.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 4, 434, 981, 1.255, 1.503 y 1.537 del Código Civil; 2, 10, 17, 32, 34, 37, 38, 115 y 144 de la Ley Hipotecaria; 461 de la Compilación de Navarra, y 14 del Reglamento Hipotecario.

1. En el presente recurso se cuestiona si estando próxima la extinción de un *derecho real de opción*, puede prorrogarse este derecho, de forma que entre el periodo originario y el de prórroga se traspase el límite de cuatro años marcado por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

2. Ante todo, debe señalarse que en ningún caso la modificación de un derecho inscrito —se rebase o no, en el caso, el plazo de los cuatro años— puede hacerse valer contra terceros adquirentes de buena fe que hayan registrado sus respectivos derechos con anterioridad a la consignación registral de aquella modificación (arts. 10, 32, 34, 37, 38, 115, 144, etc., de la Ley Hipotecaria); de donde se desprende que, en caso de solución positiva, el ejercicio del *derecho de opción* en el periodo ampliado deja a salvo los derechos adquiridos e inscritos entre la constitución originaria de aquél y su prórroga.

3. Es indudable que el límite temporal que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario impone para la inscribibilidad del *derecho de opción* ni puede impedir que agotada la vigencia del primitivamente constituido y manteniéndose la legítima situación fáctica de imposibilidad o inconveniencia para verificar definitivamente la adquisición deseada, pueda establecerse una nueva opción —igualmente sujeta al plazo de cuatro años— entre los mismos sujetos sobre el mismo inmueble y con idénticas condiciones, ni puede imponer la espera a aquella caducidad o extinción por cualquier otra causa —renuncia— para la mera ampliación del plazo de duración sin rebasar los cuatro años, a contar desde el día en que se estipula el nuevo plazo, máxime si se tienen en cuenta las consecuencias desfavorables que puedan resultar del principio de prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria) (en esta segunda hipótesis, la coexistencia de ambos periodos permite que la adquisición efectuada por el optante en el periodo de coincidencia goce de la prioridad ganada y evita que los gravámenes constituidos en dicho periodo de coincidencia o después gocen de preferencia sobre la adquisición verificada en el periodo ampliado).

4. Efectivamente, el que las exigencias estructurales en la configuración de los *derechos reales* (libre circulación de bienes, exigencia de justificación racional en la creación de gravámenes, no amortización ni infundado entorpecimiento de las posibilidades económicas de aquéllos, etcétera), puestas en conexión con la finalidad a que atiende el derecho de opción impongan la necesaria limitación de su dimensión temporal no puede llevar a posiciones en exceso rigoristas que, so pretexto de aplicación del mandato reglamentario aludido y transgrediendo sus propios términos, recorte injustificadamente la autonomía de la voluntad e impida la adecuada satisfacción de los legítimos intereses concurrentes, y sin que por ello quepa admitir soluciones por las que se pretenda dar cobertura jurídica a fines claramente contrarios al ordenamiento vigente —opción en garantía de créditos—.

5. La ponderada aplicación de los principios básicos en la materia y una adecuada valoración de las circunstancias del caso contemplado han de guiar la búsqueda de soluciones equilibradas en una materia como la de derecho de opción, huérfano de legislación específica.

6. El artículo 14 del Reglamento Hipotecario señala la duración máxima que en el momento de su nacimiento puede estipularse para el *derecho real de opción* —a fin de lograr su inscripción—, pero no cabe deducir de esta fijación un obstáculo jurídico para que dicho gravamen pueda ser modificado de modo que subsista en favor del mismo sujeto y con

idénticas condiciones, pero durante un período superior, a través de sucesivas renovaciones que dejan siempre a salvo los derechos de terceros adquirentes. Se trata de dos cuestiones distintas —así lo confirman para una hipótesis similar al artículo 400, 2.ª, del Código Civil, que si bien rechaza el pacto de indivisión por más de diez años, admite la indivisión por período superior mediante sucesivos pactos—, quedando la segunda cuestión —la de la posible ampliación del plazo en momento posterior— al margen del precepto reglamentario citado, de modo que para su resolución habrá de estarse, a falta de preceptos específicos y aplicables por analogía, a los principios generales y, en particular, el de libertad de estipulación (artículos 1.255 del Código Civil y 2 de la Ley Hipotecaria), el de interpretación estricta de las leyes excepcionales (art. 4 del Código Civil), el de presunción general de buena fe (art. 434 del Código Civil), el del favor *negotii*, los cuales conducen a la respuesta afirmativa por cuanto que lo que se pretende limitar es la dimensión temporal de cada acto de gravamen en particular, por lo mismo que no se excluye que el bien pueda estar indefinidamente gravado por un derecho del mismo tipo a consecuencia de sucesivos actos dispositivos enlazados entre sí; lo primero, para no restringir excesivamente la libre circulación del bien, y lo segundo, como manifestaciones de este libre tráfico.

7. Por tanto, debe admitirse la prórroga ahora discutida, cuya denominación de prórroga es correcta en cuanto explica que *se trata de una simple ampliación de la duración del derecho real*, que sigue, por lo demás, idéntico. Lo que no significa que tal prórroga, como cualquier otro acto de disposición modificativa o traslativa de éste u otro *derecho real* o del dominio, pueda tener efectos retroactivos en perjuicio de terceros, ya que, por el contrario, han de dejarse a salvo los derechos de éstos de acuerdo con nuestros principios hipotecarios.

No cabe invocar en contra el que la prórroga de una anotación y, en concreto, de la de embargo, determine que la anotación prorrogada produzca efectos *ex tunc* frente a los terceros adquirentes, es decir, que produzca efectos desde la fecha de la anotación inicial y no desde la fecha de la anotación de prórroga. Porque en tal prórroga no hay un acto de disposición modificativa del derecho anotado, sino que lo que acontece es un simple acto de ejercicio por su titular de una de las facultades que, desde el principio, integran, conforme a la Ley, el contenido ordinario del derecho anotado o un simple desarrollo de las posibilidades de este derecho. Indudablemente, la solución, frente a los terceros, no puede ser la misma si la prórroga no es ese simple desarrollo de las facultades o posibilidades connaturales al derecho, sino un acto modificativo de las mismas al variar el alcance inicial del derecho inscrito, ya por ampliar la duración que, por naturaleza, tendría el derecho (como ocurriría con los derechos de usufructo, uso, habitación u otros), ya por ampliar el término a que por el título constitutivo estuvieron específicamente sujetos los derechos. En estos supuestos, la prórroga, como cualquier otro acto de disposición modificativa, sólo puede tener, frente a terceros, efectos *ex nunc*.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 30 de septiembre de 1987.—El Director general, *Mariano Martín Rosado*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao.

(BOE, 14 de octubre)

COMENTARIO.—VI. 2. El primer aspecto que interesa comentar es el que propiamente deriva de la calificación del Registrador desarrollada después en el informe y que puede resumirse así: el pacto de irrevocabilidad unido al poder revela que está conferido en interés ajeno al del poderdante, esto unido a la inexistencia de terceros hace concluir en que no existe representación; en consecuencia, la actuación debe ser ratificada por el titular registral.

Parece llevar el Registrador a consecuencias maximalistas las tesis de Díez-PICAZO. Este, partiendo de la idea de que por «interés» tutelado por la representación se entiende «el asunto o negocio que por la representación se gestiona», estima: «parece claro que si en la representación existe un interés del representante o un interés de un tercero, ello significa que el asunto gestionado es en realidad suyo»; la utilización del mecanismo representativo obedece bien a un negocio simulado o bien a un negocio fiduciario, pero no hay verdadera representación, y habrán de ser aplicadas las reglas propias de dichos tipos de negocios (1).

Sin embargo, si no decaemos hasta entender exclusivamente por interés propio del apoderado aquello que pueda reportarle algún beneficio, no cabe duda de que a éste interesa tanto la venta de la finca como la liquidación de la deuda, mírese como se mire la opción pactada (2). El hecho de que en el asunto gestionado estén asimismo interesados el mandatario o un tercero, no parece razón suficiente para excluir que se gestione un negocio de aquél. Pero aun cuando así sea, no puede de ahí seguirse que puesto que no hay mandato, no hay representación. Una cosa es que el poder no sea abstracto y otra muy distinta que sólo pueda haber poder donde haya mandato.

En el fondo, la representación es un fenómeno cuasi físico, fenómeno representativo se dice: actuar en nombre de otro. Ello explica las dificultades para calificar como tal el *agere in proprio nomine*, la representación indirecta en la que aquel fenómeno no aparece manifiesto. La exteriorización de la representación, y también la habilitación para la exteriorización, es el poder. Ni siquiera un hombre tan reacio a mancillar la gestión del interés propio del mandatario con intereses espúreos, como es Díez-PICAZO, quien vuelve a afirmar (3): «la relación representativa entraña siempre una actividad de gestión que se realiza siempre en interés del representa-

(1) *Ob. cit.*, págs. 52-53.

(2) En este último aspecto recuerda al mal llamado mandatario designado por el deudor para que en el procedimiento extrajudicial lo represente en la venta de la finca (art. 235 del Reglamento Hipotecario). Así lo hace la Dirección, fundamento cuarto, no para asimilarlos, sino para recordar las restricciones impuestas en nuestro Derecho a las liquidaciones extrajudiciales. Existen notables diferencias de contenido de facultades entre una y otra figura, pero aun cuando se entendiera que no existe relación subyacente alguna por no venir el «mandatario» obligado a nada respecto del mandante, sí existe, en cambio, poder. Así, CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 47.

(3) *Ob. cit.*, pág. 306. CÁMARA diría que «la preocupación de Díez-PICAZO por explicar unitariamente la actuación representativa le lleva a no ser demasiado puntilloso a la hora de distinguir mandato y poder (aunque conceptualmente acepte la distinción)». *Ob. cit.*, pág. 202.

do (escribe 'representante', pero es un evidente error mecanográfico). Si esto es así habrá en el caso examinado —representación en interés del representante— otra cosa, pero no verdadera y auténtica representación», puede dejar de concluir: «para eludir la dificultad, puede acudir al concepto de autorización, sirviéndose en la práctica formalmente de un poder de representación».

En efecto, el artículo 1.259 del Código Civil dice que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado...», sin que realice distingos en función de las razones que hayan movido a otorgar esa autorización; por ello afirmar que existe poder y no existe representación es una contradicción en sus propios términos, que deriva de asimilar inconscientemente mandato y representación.

En realidad, al Registrador, aunque lo utilice para escandalizarse del interés gestionado, no le preocupa tanto como dice el pacto de irrevocabilidad; de hecho, llega más lejos que su maestro, pues admite que los poderes otorgados en base a «una relación jurídica subyacente entre el poderdante y el apoderado o un tercero en la que se incardina como parte integrante de la misma la concesión de un poder irrevocable» son «esencialmente irrevocables, sin que sea necesario pactarlo»; «pero lo que ocurre es que no hay representación», esto es, nuevamente, mandato (4). Y, desde luego, a quien no preocupa absolutamente nada es a la Dirección General, quien si utiliza en el fundamento cuarto el calificativo «irrevocablemente», como adverbio de modo, es con la vana esperanza de aparentar un hilo de congruencia.

No parece que pueda decirse que el poder conferido por el concedente de una opción a un tercero para que concurra con el optante al perfeccionamiento de la venta sea irrevocable por naturaleza, pues el negocio principal no se resiente, en principio, por la alteración de la persona que vaya a consumarlo; ahora bien, en el caso resuelto puede ello predicarse del poder, bien sea como incardinado en una operación de garantía, bien, en todo caso, por formar parte del entramado de una escritura sinalagmática cuya modificación necesitaría del consentimiento de ambas partes (artículo 1.256 del Código Civil).

Pero es que, además, lo que resulta obvio es que la discusión sobre la procedencia o improcedencia, o sobre la propia validez del pacto de irrevocabilidad, no puede derivar en la inexistencia del poder. La inexistencia del pacto de marras en el supuesto que comentamos no hubiera hecho variar ni un ápice la cuestión resuelta ni, desde luego, la postura del Centro Directivo. La trascendencia a efectos registrales del pacto de irrevocabilidad se verá cuando se pretenda su eficacia real, no obstante la revocación producida —lo que no parece el caso, no obstante las faltas imputadas al Notario autorizante—, o cuando se pretenda la constatación de la revocación, no obstante el pacto (5).

(4) Díez-PICAZO (*ob. cit.*, págs. 304 y sigs.) no se plantea la distinción entre mandatos y poderes irrevocables por naturaleza. Entiende que, como norma general, el pacto de irrevocabilidad sólo genera efectos obligacionales (indemnización de daños, pretensión al otorgamiento de un nuevo poder); tan sólo sería admisible efectos reales en el caso de que el poder tendiera a asegurar efectivamente el interés del representante, si bien en estos casos no hay propiamente representación, tan sólo podría hablarse de «autorización». En el primer caso, el pacto de irrevocabilidad no se convierte en real respecto de terceros, pues perderán su condición de buena fe en el momento en que tengan conocimiento de la revocación, por lo que tan sólo se impone una mayor diligencia en la notificación de ésta.

(5) Obviamente, en el Registro Mercantil, como fue el asunto que motivó la Resolución de 29 de octubre de 1987: inscrito un poder como irrevocable, el principio de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales y la presunción de exactitud y validez de su contenido impiden la registración

Las verdaderas preocupaciones del Registrador proceden de su presentimiento de la relación subyacente por los datos de que está en posesión cuando reclama la ratificación del titular registral: «si el apoderado del concedente representa a alguien es al optante en cuyo nombre compareció en la escritura de constitución de opción-poder irrevocable, y asimismo en su nombre comunicó al concedente-titular registral su intención de ejercitar la opción de compra», lo que hace afirmar sin paliativos que «en el caso que nos ocupa no hay terceros».

Que el poder se confirió a un tercero extraño a la opción de compra y que el optante era un tercero respecto de la relación representativa era una mera cuestión de número; que uno y otro fueran «protegidos» respecto de la relación de la que formaban parte (6) era claramente una cuestión de Juez. La Dirección General, sin detenerse aquí ya en componendas, califica, desde luego, el asunto como apoderamiento concedido a un tercero, aunque los psiquiatras dirían que el influjo subliminal es ostensible.

No debe olvidarse el peso, en el informe del Registrador, del intento de coherencia con una calificación producto de una corazonada bastante justificada. Escogió probablemente el camino más sincero, y por ello el más difícil.

A mi juicio, dos vías se le abrían para intentar con éxito la defensa de su posición. En primer lugar, la autocontratación, que puede verse al observar globalmente el largo tracto del *iter* negocial; no es difícil entender que una sola voluntad maneja, «representa», dos patrimonios de encontrados intereses. Es vía dificultosa por bordear los juicios de valor y topar posiblemente con la autocontratación tácita (7), pero practicable.

El segundo camino es la denuncia de extralimitación en el ejercicio del poder; más adelante habremos de ocuparnos de la naturaleza de la opción en garantía y habrá de verse esto con más detalle, pero por ahora baste decir que, en términos estrictamente formales, el nacimiento del derecho del optante pende de la liquidación de la deuda, para la que el apoderado no aparece en este caso expresamente facultado. Bien es verdad que este camino sólo puede practicarse una vez destapada la relación subyacente; en la escritura de constitución de la opción —por mor de un celo ocultista que hace más incongruente la aportación del documento privado— no se impone ninguna condición al nacimiento de aquélla, sino que simplemente se estipula que no podría «formalizarse la compraventa hasta después de transcurrido un año de la fecha de otorgamiento», con las peligrosas consecuencias para el deudor que son fáciles de deducir.

Aún queda una tercera posibilidad para deshacer la operación. Es el camino más difícil porque atiende no a la consumación del negocio de

de la revocación otorgada unilateralmente por el concedente, sin entrar en si «en función de la íntima interdependencia que la admisibilidad de la irrevocabilidad guarda respecto de la relación negocial subyacente, debió ésta expresarse en la escritura de poder, ser calificada y, en su caso, trascender al asiento». En el caso que se comenta, la quiebra del poder procede, en el sentir de la Dirección, no de su ejercicio, sino de su nacimiento. Desde luego, la aparición del documento privado ha desnaturalizado el supuesto, pero las reticencias del Registrador expresadas en su calificación, antes que aquél trasvinara, debieron ser opuestas en el momento de inscribirse la opción de compra con su anejo de poder irrevocable. De no haber mediado recurso, ello hubiera provocado seguramente el desistimiento de la inscripción de la total operación de garantía, de efectividad entonces más que dudosa.

(6) Para ser, en sentido riguroso, un tercero protegido es menester que el que pretende la protección sea una persona ajena al círculo de intereses a que se refiere el asunto gestionado.» Díez-Picazo, *ob. cit.*, pág. 140.

(7) Dudoso para la doctrina. Díez-Picazo, *ob. cit.*, pág. 211, cree que se puede admitir una tal voluntad. No parece, desde luego, haber grave dificultad en admitirla cuando el poderdante conoce perfectamente la situación de conflicto de intereses con el apoderado en el momento de conferirle el poder.

apoderamiento, sino a su génesis; no a la forma, sino a la sustancia. Es la vía de los límites a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil). Es la vía de la Dirección General.

VI. 3. El argumento del Centro Directivo es lineal: la utilización del derecho de opción con fines de garantía constituye un pacto comisorio prohibido en nuestro Derecho —en el punto siguiente veremos esta asimilación realizada por la Resolución de 10 de junio de 1986—; la presente se limita a dar un paso más: «esta prohibición no sólo impide al deudor conferir al acreedor la facultad, en caso de impago, de adjudicarse el mismo las cosas dadas en garantía, sino que también impide, obviamente, conferir esa misma facultad, de adjudicación al acreedor, a un tercero».

Probablemente, la solución de la Dirección en el caso que nos ocupa sea la razonable, pero sinceramente la generalización no me parece en absoluto obvia. De hecho, la intervención de un tercero en el momento de la adjudicación se ha considerado históricamente suficiente para excluir el pacto comisorio; se trata del llamado pacto marciano, por virtud del cual si al vencimiento de la obligación el deudor no paga, el acreedor hará suya la cosa previa justa estimación, esto es, *rem iusto pretio tunc aestimandum*, inclinándose hoy mayoritariamente la doctrina por interpretar el *tunc* como referido al momento de la adjudicación y no al momento de convenir el pacto.

La propia Ley de Partidas (Partida V, título 13, Ley 12), que es citada por la resolución de referencia como expresiva de la prohibición del pacto comisorio en nuestro Derecho histórico, viene a admitir el pacto marciano: «si el pleito fue puesto de guisa que si el peño non le quitase fasta día cierto el que lo empeñó, que fuese suyo vendido, e del otro comprado, por tanto precio, quanto le apreciaren omes buenos; tal pleito decimos que valdría».

Esta fórmula, en unión de otras que mitigan el rigor del pacto comisorio, ha sido admitida por la moderna doctrina. Así, IRURZUN GOICOA (8): «En todo caso, el pacto comisorio prohibido sólo debe verse cuando el acreedor se atribuye la propiedad de la cosa por su propia autoridad, por su libre y autónoma determinación, y se la adjudica en forma total, plena e irrevocable en caso de incumplimiento del deudor, sin ninguna notificación a éste, sin ningún trámite dilatorio, sin compensación por la hyperocha. Cuando la hyperocha se salve o pueda darse al deudor medios para defenderla —como en el pacto marciano—, el pacto comisorio puede ser admitido como lícito» (9).

Desde luego, la asimilación del caso resuelto por la Dirección al pacto Marciano tiene un punto de enorme debilidad: la fijación anticipada del «precio» de las fincas dadas en garantía. Se ha escrito: «Es requisito indispensable para que pueda hablarse de pacto marciano válido que la estimación o fijación del valor del bien se efectúe a partir del incumplimiento por el deudor, de tal suerte que una atribución condicional del bien al acreedor eventualmente insatisfecho por un 'valor preestablecido', debe reputarse pacto comisorio prohibido» (10).

Curiosamente, pues, lo que desnaturaliza la operación es precisamente

(8) «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1965, tomo II, pág. 46.

(9) Hay autores que incluso parecen limitar el pacto comisorio a la pura rapiña. Así, GUILARTE ZAPATERO, que admite el acuerdo por el que incumplida la obligación, el acreedor se dé por pagado apropiándose de la cosa. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XXIII, páginas 366 y sigs.

(10) MAS ALCARAZ, Celestino: «El pacto comisorio», en *Estudios...*, cit., tomo II, pág. 74.

la intervención del titular registral, en unión del tercero apoderado, en la fijación de la cifra de estimación. Sin embargo, la atribución de tal facultad al tercero, más pura dogmáticamente hablando, hubiera hecho arreciar las sospechas sobre su actuación si es que quedaba alguna por aparecer. No debe olvidarse, además, que el mismo Código Civil (art. 1.447) admite que el señalamiento del precio en la compraventa «se deje al arbitrio de persona determinada», y aunque la doctrina duda, bien puede pensarse que el negocio jurídico no se halla íntegro mientras no se produzca la fijación.

Es verdad que dice muy poco en pro de la libertad de movimientos del deudor que las cifras del precio y del crédito subyacente coincidan, y que coincida igualmente la parte de precio que se dice entregada con la anticipación de los intereses anuales, pero objetivamente su fijación en tal momento no parece obstáculo insalvable. Primero, porque la experiencia enseña que en situaciones de precrisis son los acreedores quienes aceptan cualquier valoración del deudor en su huida despavorida de la situación concursal. Segundo, porque, hoy por hoy, los bienes se desvalorizan escandalosamente en las subastas públicas, y además, y por ello, porque el deudor es consciente de que puede verse privado del bien sin defensa, incluso pudiera ser el caso sin voluntad de defensa, pero de que con esa pérdida queda totalmente liberado de su deuda, lo que no puede decirse de la mayoría de las ejecuciones típicas.

El problema, pues, debe abordarse de frente: ¿sería admisible que los interesados en la obligación encomendaran a un tercero la determinación sobre su cumplimiento o incumplimiento, así como la materialización de las consecuencias que de uno u otro hubieran de derivarse? (11).

En primer lugar, se dice que el negocio jurídico debe ser susceptible de esa intervención del tercero, esto es, no debe ser *extra commercium*. Claro es que la disponibilidad se predica del negocio en sí mismo, no del arbitrio; ello quiere decir que si el negocio jurídico pudo ser concluido por el principal, por no ser contrario al orden público o indisponible, cabe que su integración se encomiende a un tercero. No hay disputa en la doctrina sobre la licitud de la dación en pago —acuerdo solutorio de deudor y acreedor—, posibilidad que no puede ser anulada porque tuviera su antecedente en el compromiso del deudor de realizarlo, pero que en ningún caso puede retrotraer sus efectos a la fecha de éste, sino que inicia en sí mismo la eficacia real, y a salvo, en su caso, exigencias de igualdad de acreedores en situación colectivas y paritarias de crisis.

El inevitable impulso visceral a la negativa, en asunto tan delicado como el resuelto, debe matizarse cuando el Código Civil (art. 1.115) admite que la condición a la que se halla sometida la obligación dependa de «la voluntad de un tercero», lo que quiere decir —porque no puede interpretarse de modo que se refiera tan sólo a las condiciones casuales— tanto como someter a la voluntad de un tercero el cumplimiento de una obligación; como mínimo, no se opone al artículo 1.256 del Código Civil («la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»), si nos pareciera demasiado fuerte una interpretación de éste a *sensu contrario*.

No obstante, bien puede decirse que una cosa es el arbitrio del tercero y otra el poder de representación, que al tercero puede corresponder

(11) Sobre todo lo que a continuación se dice, debe verse Díez-PICAZO: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957.

pronunciarse sobre el cumplimiento o incumplimiento de una obligación, pero no desatar las consecuencias, y que en cualquier caso esa decisión del tercero está sujeta a impugnación cuando no se haya atendido a las instrucciones de las partes o haya faltado a la equidad. Evidentemente, pero es que para buena parte de la doctrina científica el arbitrio constituye una forma de mandato (12) —sin entrar ahora en discernir hasta qué punto ejercita una decisión propia o unas instrucciones ajenas—, y así puede constituir con facilidad la relación subyacente del negocio de apoderamiento, y, por otra parte, no se ve que atente a los límites fijados por el artículo 1.255 del Código Civil el que las partes prevean con antelación las consecuencias de la decisión del tercero y le atribuyan el «poder» de imponerlas. Si formalmente el tercero-apoderado se atiene estrictamente a los términos del poder expreso del consentimiento anticipado, parece que el tema de la impugnación queda ajeno a la calificación registral.

No puede utilizarse como argumento en contra el hecho de que el poder aparezca otorgado por una sola de las partes interesadas en la intervención del tercero; precisamente la destemplada reacción del Centro Directivo deriva de ver sin más al tercero como *alter ego* del acreedor, influjo al que no es posible sustraerse, pero que puede arrastrar consecuencias registrales parciales.

Tampoco se debe olvidar que una situación objetiva de conflicto de intereses no excluye su solución por medio de tercero; incluso pudiera decirse que es su medio natural; tan sólo cuando ese conflicto devenga litigio —o incluso pudiera admitirse la amenaza de tal— habría de someterse a las prescripciones del arbitraje (13), y aún en este caso un sector doctrinal tiende a reconocer *prima facie* efectos obligatorios al acuerdo y determinación por el tercero, mientras no sean controvertidos (14). La base la sustenta el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Privado: «El arbitraje, para ser eficaz, necesitará ajustarse a las prescripciones de esta Ley. Ello, no obstante, cuando, en cualquier forma, dos o más personas hubieren pactado la intervención dirimente de un tercero y hubiesen aceptado expresa o tácitamente su decisión después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos generales para la eficacia de un convenio».

En la escritura de constitución de la opción se había estipulado que cuando se ejercitase el derecho de opción y tuviese que formalizarse la escritura de compraventa, se pondría en conocimiento de los concedentes en su domicilio con diez días de antelación al otorgamiento de la misma. Según el informe del Registrador tal comunicación se realizó precisamente por el apoderado del concedente, como representante del optante, quien aparece así como verdadero árbitro del negocio —¿obedece a los dictados del prestamista o es reflejo de la concorde voluntad de las partes?—. En cualquier caso, diez días tuvo el prestatario para oponerse a la escritura de venta, pues no de otro modo puede interpretarse el plazo fijado en la escritura. Es sorprendente que no se sepa cuál fue la actitud del concedente ante el anuncio de realización de la garantía hecho por el tercero. Es tanto más sorprendente cuando hoy se ve consolidada la

(12) La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1933 declaró aplicable por analogía el artículo 1.719 del Código Civil a los amigables componedores.

(13) Así se deduce del artículo 2 de la Ley de Arbitraje Privado, en la interpretación de Díez-Picazo: *El arbitrio...* cit., págs. 59 y sigs.

(14) Para Díez-Picazo, el supuesto hace tránsito a una mediación. *El arbitrio...*, cit., págs. 81 y sigs.

importancia concedida por la Dirección General a la actuación del comprador frente al acta notarial instada por el vendedor, en ese supuesto peculiar del pacto comisorio que es la condición resolutoria.

Por último, cabe referirse al apoyo implícito que el Centro Directivo encuentra en la regulación del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Así debe entenderse y no cargar las tintas en la posible asimilación de los terceros intervinientes. El llamado «mandatario» en el procedimiento extrajudicial (arts. 234, 1.º, y 235, 10, del Reglamento Hipotecario) constituye el paradigma del poder autónomo, no hay mandato ni ningún otro negocio jurídico subyacente, la facultad gestoria está embebida en el poder (15); en cambio, el poder en la construcción que se quiere defender es la exteriorización de una relación subyacente de arbitrio, como especie de mandato.

La línea que parece sugerir la Dirección, de manera tan somera, es la de que las normas procesales típicas en la ejecución de las garantías son imperativas, son de orden público. No faltan, sin embargo, opiniones contrarias: «El artículo 1.859 del Código Civil sólo se refiere a la apropiación por el acreedor, pero no exige la necesidad de la intervención a través de sus órganos jurisdiccionales; entre los dos extremos —el de la apropiación automática de la cosa por el acreedor en virtud de su simple autoridad y el de la ejecución forzosa por los trámites rígidos y absolutamente inalterables de unos procedimientos de ejecución ante los órganos designados del Estado—, la escueta dicción del artículo 1.859 del Código Civil permite defender la posibilidad de medios de ejecución intermedios pactados por los contratantes, perfectamente diferenciados de los dos sistemas extremos» (16).

Tanto el artículo 129 de la Ley Hipotecaria como el 235 del Reglamento Hipotecario exigen que cuando se tramite el procedimiento judicial sumario o el extrajudicial habrán de seguirse necesariamente las reglas establecidas por los mismos, sin que puedan ser alteradas por convenio de los interesados; pero propiamente no prohíben que se excluyan dichos procedimientos de ejecución. De este modo se ha tratado de importar las ideas de BIANCA: «No existe en el ordenamiento una norma que prohíba a las partes derogar o excluir preventivamente los procedimientos de ejecución forzosa; la inderogabilidad de los mismos atañe exclusivamente al plano formal del ordenamiento procesal, en el sentido de que las partes, si recurran a los mismos, deben aceptarlos tal como son y no pueden modificarlos, pero pueden no utilizarlos y pueden, en fin, sustituir los expresados procedimientos ejecutivos con formas de liquidación del patrimonio del deudor de carácter privado» (17).

Es de recordar que cuando el Reglamento Hipotecario de 1915 reguló el procedimiento extrajudicial (18) —dando carta de naturaleza a decisiones jurisprudenciales—, lo hizo «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil». La frase fue interpretada en términos muy restrictivos por la Dirección General —Resoluciones de 20 de diciembre de 1922, 10 de octubre de 1928, 25 de agosto de 1933, 28 de junio de 1934 y 12 de septiembre de 1935— cuando se tratara de alterar los trámites reglamentariamente fijados, pero no se resolvió sobre la autonomía de la vo-

(15) CÁMARA: *Estudios...*, cit., págs. 46 y sigs.

(16) IRURZUN GOICOA: *Estudio...*, cit., pág. 39.

(17) MAS ALCARAZ, *ob. cit.*, pág. 73.

(18) En torno a la polémica sobre este procedimiento, debe verse ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo IV, 2.º, págs. 1077 y sigs.

luntad en la creación de fórmulas privadas de ejecución. No hay que olvidar que en aquel momento el procedimiento no era aplicable en el caso de existir terceros, y la libertad de pacto tenía en esa inexistencia adecuado contrapeso.

Por ello puede afirmarse con cierta coherencia que cuando la reforma hipotecaria de 1946-1947, recogiendo los anhelos de MORELL Y TERRY (19), declara aplicable el procedimiento «aun en el caso de que existan terceros» y suprime esa libertad de creación, no viene a eliminar el artículo 1.255 del Código Civil sino en tanto en cuanto pueda afectar a extraños a los contratantes; esto es, sólo en el caso de existir terceros posteriores a la fórmula de ejecución prevista inter partes ésta dejará de ser eficaz si no viene nominada por el ordenamiento. Aquí radica, a mi juicio, la segunda carencia importante en el análisis global del recurso, pues nada se sabe de la situación registral de la finca objeto de la opción en garantía.

Debe, sin embargo, superarse la tentación de utilizar la Resolución de 10 de abril en apoyo de la libre creación de fórmulas de ejecución privadas aun existiendo terceros. Se ha transcrito ampliamente para justificar el destierro de esa idea. El trasfondo de la operación recalaba en una condición resolutoria en garantía de la recíproca prestación a que tenía derecho el transmitente de los solares: éste podía «optar» por una u otra prestación y su elección venía respaldada por aquélla. La imposibilidad de su elección le abocaba al ejercicio de la condición resolutoria con las consecuencias destructivas que son fáciles de colegir. El principio de conservación de los negocios pesa en la Dirección para dar carta de naturaleza a un «derecho de opción» que es una simple facultad de elección; sin embargo, quizá sobrara la peligrosa referencia al principio de *numerus apertus* de los derechos reales, cuando la propia resolución recuerda que el ejercicio de una condición resolutoria en garantía de precio aplazado no conlleva consignación ninguna, cuando nada se hubiera recibido hasta dicho momento.

Lo dicho queda dicho, aunque se le pueda tildar de más especulación que de convencimiento. El peligro comisorio es presumible cuando no palpable. El silencio del recurrente no aboga, desde luego, por la previsión de la construcción pretendida, pero no exoneraba a la Dirección General de enfrentarse a ella. Este no es un recurso gubernativo común; en el fondo, más que documentos, más que formas, se están analizando actitudes, y en llegando a este nivel cuasi-judicial me parece dudoso llevar la defensa de una parte más lejos de lo que ésta misma parece haber expresado.

VI. 4. Ya se ha dicho que el sostén de la presente lo constituye la Resolución de 10 de junio de 1986 —expresamente citada no sólo en el vistos, sino en el fundamento cuarto de Derecho— cuando equipara la opción de compra en garantía al pacto comisorio.

El argumento, pues, del Centro Directivo tiene una oración principal y una subordinada; a la subordinada se ha referido el apartado anterior; la principal dice que la opción de compra inscrita es nula por constituir un pacto comisorio prohibido en nuestro Derecho. La caducidad de la opción permite a la Dirección desconocer el principio, por ella tantas veces

(19) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo IV, págs. 156 y sigs. Es curioso constatar en contra de sus previsiones que la ruina del procedimiento extrajudicial no la viene a provocar su inaplicabilidad respecto a terceros, sino su inadecuación (cierre del art. 1.255 del Código Civil) a los intereses de las partes. Hasta la reforma hipotecaria citada he contado, s.e.u.o., 34 resoluciones de la Dirección General; después tan sólo dos, las de 25 de enero de 1958 y 24 de marzo de 1986, esta última comentada por M. CASERO MEJÍAS, en RCDI, núm. 576, septiembre-octubre 1986.

consagrado, de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1, 3.º, de la Ley Hipotecaria). La gravedad de la decisión le obligaba a ser más explícita, porque creo que la cancelación tenía grandes visos de defensa sin recurrir a la sustancia viciada.

Dando un paso hacia atrás, los términos de la asimilación pueden apreciarse estrictamente en la transcripción del primer fundamento de la Resolución de 10 de junio de 1986, que antes se ha realizado.

Tal equiparación ha sido objeto de crítica (20). Tal vez nuestro Centro Directivo fuera consciente de esa debilidad cuando se manifiesta con términos más ambiguos en la Resolución de 24 de marzo de 1987: «Existe en nuestro ordenamiento la prohibición de pacto comisorio por el que se atribuye al acreedor la facultad de adquirir un bien del deudor como consecuencia del incumplimiento por éste de sus obligaciones»; porque efectivamente no se ve que la opción en garantía implique por sí «conferir al acreedor la facultad, en caso de impago, de adjudicarse el mismo las cosas dadas en garantía»; palabras éstas entrecomilladas tomadas precisamente del último fundamento de la resolución que se comenta.

TORRES LANA (21) estudia la opción en garantía como la «utilización atípica de un contrato atípico», recogiendo Sentencias del Tribunal Supremo —30 de noviembre de 1978 y 20 de mayo de 1986— favorables a su admisión, estructurada abiertamente su función de garantía sin necesidad de pacto de fiducia; alguna otra —25 de abril de 1972— que la ha declarado nula no lo ha sido por su causa, sino por razón de ser nulo por usura el préstamo garantizado que arrastra en su nulidad a la opción de compra por la naturaleza accesorio que en este caso tiene respecto del préstamo. El mismo destaca la distinta entidad coercitiva de la venta en garantía y de la opción en garantía. En la primera existe una compulsión al cumplimiento, en la segunda una reacción frente al incumplimiento. «Tampoco resulta muy lógico —concluye— que la venta en garantía que implica una transmisión previa, bien que sea fiduciaria, disfrute de un trato jurídico más favorable que el ejercicio de la opción frente a un incumplimiento ya producido.»

Sin embargo, es doctrina general y expresión de pura coherencia que en materia de negocios atípicos no cabe la analogía y que la causa suficiente y lícita debe ser investigada caso por caso. *Prima facie*, la venta en garantía y la opción en garantía son negocios indirectos por haber en ellos la utilización de un tipo negocial con fin distinto al del propio tipo; y dentro del género negocio indirecto de la especie de los negocios fiduciarios: transmisión de la titularidad fiduciaria, formal, aparente, diría yo, de un bien afectado a una relación crediticia subyacente; claro es que si en la venta en garantía, la exteriorización formal pesa sobre el dominio y, por tanto, por naturaleza, la ostensibilidad se predica *erga omnes*, en la opción en garantía la titularidad fiduciaria exteriorizada se contrae a la facultad de agresión al patrimonio del concedente conferida al optante-prestamista; por ello, y si se prescinde de la posible sustitución por un tercero en la cualidad de optante, materia que de no preverse en el título de constitución es harto dudosa, nos movemos *inter partes*; la garantía no puede ya radicar en una apariencia que no existe para el concedente, de aquí la necesidad de mecanismos de compulsión de la voluntad del deudor.

(20) TORRES LANA, *ob. cit.*, págs. 65 y sigs.

(21) *Ob. cit.*, págs. 61 y sigs.

Mientras la relación subyacente siga escondida, mientras la apariencia sea la de un negocio típico, mientras se cumplan las exigencias de inscripción —especialmente por lo que ahora nos interesa el artículo 14 del Reglamento Hipotecario—, no cabe duda de que ambas formas negociales tendrán franca acogida en el Registro de la Propiedad. No hay ni pretexto para la discusión; sería tanto como discutir si una compraventa es inscribible. Problema distinto es el de si una vez descubierta su verdadera naturaleza —su función de garantía— conservan la «prioridad real» que obtuvieron por la inscripción.

Tratándose de la venta en garantía, el tema parece que queda constreñido a una línea judicial, hoy no consolidada, en el ámbito civil: respecto del adquirente, los terceros se verán protegidos por el principio de fe pública registral, salvo que no fueran merecedores de esa protección, en cuyo caso nos movemos *cuasi inter partes*; respecto del transmitente no caben por definición los terceros registrales. Son precisamente éstos, a quienes la apariencia ciega el camino, los que tratarán de destruir la eficacia real de aquélla.

«En contra de la dicha eficacia se puede aducir el carácter estricto de la enumeración de los créditos privilegiados al establecerse su clasificación y prelación (arts. 1.922, 1.923, 1.926 y 1.927 del Código Civil; arts. 914 y 918 del Código de Comercio, y art. 10 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria). En su favor cabe alegar que con la entrega de la cosa, sea real o simbólica, o con la inscripción de la venta en un Registro público, la separación de la cosa confiada se hace visible de modo no inferior al de la constitución de una hipoteca o de una prenda». La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1944 entendió la operación compleja como un verdadero negocio, del que «han de sacarse las consecuencias que correspondan a la voluntad de los contratantes, así en sus recíprocas relaciones como en las que pudieran interesar a terceros» (22).

Personalmente recelo de que la garantía de la apariencia subsista sin apariencia. No creo que, una vez hecha la luz, pueda asignarse mejor trato a la venta en garantía inscrita que a la no inscrita; de otro modo, se habría producido una cierta convalidación por la inscripción —en contra del artículo 33 de la Ley Hipotecaria—, inscripción obtenida, además, subrepticamente.

Por lo que hace a la opción en garantía habrá de estarse, entiendo, a la naturaleza jurídica del derecho de opción y a los propios arrestos del Registrador de la Propiedad, según a continuación se dice.

El problema es, pues, muy otro: es el de la inscribibilidad de los negocios fiduciarios típicos en el momento en que dejan de serlo; esto es, cuando pasan a ser negocios complejos, en los que la relación subyacente se exterioriza en el negocio de garantía cuya inscripción se pretende.

Tratándose de la venta en garantía es dudoso que la doctrina de aquella sentencia pueda utilizarse como argumento en favor de la inscripción. Una cosa es que el *pactum fiduciae* no sea ilícito y que, en consecuencia, una vez consumada la adquisición no pueda ésta impugnarse por inexistencia de causa, y otra muy distinta es la inscribibilidad de aquel negocio complejo. El negocio fiduciario vive del mundo de la apariencia; destruida la apariencia, se destruye el mundo. El acreedor obtiene la inscripción de la finca a su favor porque es «aparentemente» titular, y esa apariencia constatada registralmente permite la protección del tercero confiado. Pero

(22) Todo ello tomado de FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, págs. 432 y sigs.

una vez que la causa de fiducia se exterioriza, si hemos de ser congruentes con la superación de la teoría del doble efecto, se desvanece todo asomo de titularidad. Pudiera, en todo caso, pensarse que el negocio complejo otorga al acreedor alguna suerte de «compulsión real» sobre la finca constatable registralmente en términos tales que no sólo no cierre el Registro respecto a los actos dispositivos del fiduciante (?) —prestatario— o que contra él se dirijan, sino que esa compulsión del fiduciario (?) —prestamista— sea, a su vez, perseguible.

La construcción es sumamente difícil, como se constata en la Resolución de 30 de junio de 1987, de la que, dado que deberá ser objeto de específico comentario, baste decir en esencia que echa en falta en la venta en garantía el título que justifique la tradición, sin que ello prejuzgue la «titularidad real» que pueda haber provocado el negocio complejo, titularidad, desde luego, no inscribible porque ni está determinada ni puede ser inscrita como «propiedad», que es el nombre que se le quiere dar.

Aunque la Dirección General, quizá por reacción frente a los prejuicios tradicionalmente imputados a los hipotecaristas, haya pasado a ser la abanderada del progresismo en la libre creación de derechos reales, es de reconocer que en tratándose de derechos de garantía se encogen los ímpetus. Se respira en el conjunto de resoluciones que han ido apareciendo. Nadie puede dudar que toda garantía conferida a un acreedor es *plus quam* artículo 1.911 del Código Civil y, por consecuencia, *minus quam* artículo 1.911 para el resto de los acreedores. La restricción voluntaria del patrimonio por la vía de la afección real parece necesitar nombre legal, y la libertad se compadece mal con los límites del artículo 1.255 del Código Civil (23).

La peculiaridad de los negocios atípicos juega ahora en contra de nuestra natural tendencia al apriorismo; la inexistencia de transmisión dominical no puede operar como argumento para la exclusión registral de la opción de compra en garantía.

Se debe evitar la tentación de construir la figura simplistamente como una opción de compra sujeta a una condición suspensiva —tal como hacía la cláusula discutida en la Resolución de 10 de junio de 1986— o incluso una opción de compra en la que el ejercicio por el optante queda sujeto a condición suspensiva. No tanto porque tal obligación condicional será nula (art. 1.115 del Código Civil), cuanto porque es el cumplimiento de esa condición por el obligado lo que se asegura mediante el constreñimiento de su voluntad. Esto es, la opción de compra —como contrato autónomo, pero abocado, irremediabilmente para una parte, a la realización del negocio principal— se constituye como garantía de un crédito. La garantía de la venta es la garantía del préstamo; la realización de la garantía accesorial del préstamo incumplido se reduce, pues, a la declaración de la existencia de la opción de compra; el bien que se da en garantía no es la finca, sino la voluntad aherrojada del deudor.

La necesaria intervención de éste para la consumación puede inducir a desconocer la necesidad de liquidación de la deuda para el surgimiento de la ejecutividad de la garantía. Postulada teóricamente, nos puede servir

(23) Sobre todo, esto debe verse en Díez-PICAZO: «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, número 513, marzo-abril 1976, págs. 273 y sigs. CELESTINO A. CANO TELLO: «El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada», en *RCDI*, núm. 533, julio-agosto 1979, págs. 787 y sigs.

para defender que el poder conferido en el caso resuelto no era suficiente porque no comprendía la fase de liquidación.

La opción de compra en garantía es así la obligación asumida por el deudor de vender la finca al acreedor, en caso de impago de la deuda, por el precio previamente estipulado, del que se podrá compensar el importe de aquélla; a su lado podrían concebirse otras figuras, en función del negocio principal, como la opción de adjudicación en pago o para pago. Así entendida, la opción de compra en garantía es a todas luces equivalente a lo que la doctrina ha venido a llamar «pacto comisorio obligatorio», respecto del que no han faltado duras palabras; «en nuestro Derecho es evidente, como observan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (*Notas a Enneckerus*, tomo III, 2, pág. 429), que hay que considerar también nulo el pacto comisorio obligatorio por el cual el deudor se compromete a transferir la cosa al acreedor en caso de vencimiento de la deuda y falta de pago de la misma, 'ya que admitirlo sería tanto como reconocer un medio de circunvenir la prohibición'» (24).

No andaba, pues, tan descaminada como se ha pretendido la Dirección General al realizar la asimilación. Sin embargo, es dudosa de mantener a tenor de las decisiones del Tribunal Supremo, que han admitido expresamente la opción de compra con fines de garantía; desde luego, es difícil ver pacto comisorio allí donde se necesita el concurso positivo del deudor; si ese concurso se debe exigir por vía judicial, la garantía pierde todos sus encantos. Probablemente, el Centro Directivo quiso cortar de raíz las expectativas temerosa de que se acompañara —o incluso llegara a entenderse implícito, que todo se andará— el pacto de constatación registral del ejercicio unilateral por el optante (Resolución de 7 de diciembre de 1978, pacto sí desgajable como claramente comisorio) o la concesión de poder a un tercero (supuesto de la presente resolución, de difícil negativa si no es penetrando peligrosamente en las entrañas).

Quizá la propia denominación —pacto comisorio obligatorio— hubiera abierto a la Dirección una vía menos turbulenta, aun contando con las incomodidades, cuanto menos, de la naturaleza del derecho de opción. Porque a nadie escapa que la opción de compra en garantía, una vez desmenuzada, queda muy lejos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, y entonces procede retomar la pregunta: ¿es inscribible?

El tema de la naturaleza jurídica del derecho de opción ha pasado de resbaladizo a etéreo. Creo que en estos casos la cordura reposa en las claridades pedestres, aunque carezca del vuelo de las construcciones dogmáticas.

JOAQUÍN TORRENTE nos libera de estudiar las distintas opiniones en torno a tal naturaleza y la bibliografía que sobre ella se ha desatado (25). Su

(24) MAS ALCARAZ, *ob. cit.*, pág. 62.

(25) «Aspectos registrales del derecho de opción», en *Revista de Derecho Registral*, núm. 14, 1987. Con posterioridad se han publicado dos resoluciones (antes recogidas), que vienen a rectificar sin demasiados razonamientos, *obiter dicta*, anteriores directrices: la de 10 de abril de 1987, que insiste en el *numerus apertus* de los derechos reales de adquisición, y la de 30 de septiembre de 1987, que por cinco veces califica el derecho de opción como derecho real, sin que nada autorice a suponer el pacto de constatación registral de la decisión unilateral del optante, y que incluso implícitamente —y en algún momento casi explícitamente, fundamento sexto de Derecho, al comienzo— reconoce la existencia de derechos reales de opción no inscribibles, sin explicar la quiebra del artículo 2, 2.º, de la Ley Hipotecaria. Y dos sentencias del Tribunal Supremo, celoso, por su parte, de no contribuir a la ceremonia de la confusión, la de 4 de abril de 1987, que distingue un aspecto «civil» y un aspecto «registral» de la figura contractual de la opción, y la de 9 de octubre de 1987 —que me ha sido soplada por *Lunes 4.30*, núm. 1, febrero 1988, con atinados comentarios de VICENTE CARBONELL y ROSA NAVARRO DÍAZ—, a la que no parece afectar la caducidad de una opción inscrita para declarar que ésta es, en todo caso, un derecho personal.

conclusión suena la más cuerda: «A nosotros nos parece que es superfluo especular sobre si en el mundo de las ideas el derecho de opción es personal o real y si nuestro legislador hipotecario ha sabido captar la esencia de este derecho para alojarlo en el asiento que conceptualmente le corresponde. Y ello porque creemos que los derechos son lo que el legislador (o los particulares, cuando se les confiere esta facultad) quiere, es decir, lo que con la eficacia que les concede quiere que sean, por lo que al permitir y regular el artículo 14 del Reglamento Hipotecario la inscripción del derecho de opción, lo que está haciendo es configurarlo como real, al publicarlo y atribuirle eficacia *erga omnes*». Procuraré incluso evitar denominarlo derecho real —quizá porque no pueda eludir ver su entraña sustancialmente potestativa— para expresar su eficacia o su trascendencia real.

La eficacia real del derecho de opción en Derecho español está condicionada a su inscripción en el Registro de la Propiedad; se puede discutir si ésta tiene, en consecuencia, eficacia constitutiva o eficacia integrativa, si constituye un derecho real o una carga real, si tal surge por voluntad de los particulares o por disposición de la Ley o por el «convenio expreso» de las partes de asumir los efectos reales que la Ley le otorga...; pero estas discusiones no afectan al hecho incuestionable de que la opción inscrita se impone a todos. La eficacia real no puede, pues, encontrarse en el posible ejercicio unilateral por el optante, no tanto porque éste sea una opción inscrita, cuanto porque el ejercicio unilateral, el requerimiento una opción inscrita, cuanto porque el ejercicio unilateral, el requerimiento al concedente o la reclamación judicial no conllevan intrínsecamente la investidura en el dominio de la finca. No es tampoco indicativa de eficacia real la imposición judicial al otorgamiento del negocio principal, que no es sino la eficacia natural del contrato *inter partes*, sino que éste por esencia pueda realizarse porque la publicidad excluya el surgimiento del tercero inatacable.

La naturaleza constitutiva de la inscripción deviene sigilosamente en problema de vísceras corporativas. Si podemos alejarnos de ellas, se verá un título con un contenido muy preciso, y una vocación de tal trascendencia, que no basta presumirla, ha de ser expresamente querida, y en su complemento, la publicación *erga omnes* de ese título querido. La inherencia no se encuentra en un grosero contacto con la cosa, sino con su representación abstracta, que es su número tabular. La publicidad le adosa como una lapa algo tan inmaterial como la voluntad de una persona de decidir sobre la realización de un negocio, y esa voluntad debe ser respetada por todos, pues todos están obligados a conocerla.

El problema se reduce, pues, a determinar el alcance de los efectos del título nacido con vocación de «realidad» —por cumplir las exigencias del artículo 14 del Reglamento Hipotecario— y no inscrito. El estudio podría llevarnos bien lejos, pero parece que así entendamos que nos movemos en el ámbito de las relaciones meramente personales; así, en el ámbito de la publicidad negativa (art. 32 de la Ley Hipotecaria), las conclusiones habrán de ser muy semejantes (26).

Se puede decir entonces que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario

(26) Perdonadme que no pueda evitar la tentación de transcribir las palabras de Díez-PICAZO: «En materia de derechos reales inmobiliarios puede decirse que un negocio constitutivo de un derecho real, al que no se le haya dotado de la necesaria publicidad, y en particular de la inscripción en el Registro, en relación con los terceros de buena fe, no alcanza plena efectividad y, por consiguiente, en alguna medida no llega a ser un auténtico derecho real». *Autonomía...*, cit., pág. 299.

ha venido a «nominar» el derecho de opción, y que sólo la «opción de compra» (27) que el mismo desenvuelve es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. Toda otra carecerá de trascendencia real. Podrá discutirse si la llamada «opción de compra en garantía», como pacto obligatorio para el deudor, es o no admisible en nuestro Derecho, pero en ningún caso será inscribible en el Registro de la Propiedad.

Ello nos lleva a una addenda coherente; si circunstancias posteriores a la opción de compra inscrita desvelaran su verdadera naturaleza de pacto meramente personal, debe aquélla ser cancelada por el Registrador a instancia de parte interesada (arts. 98 de la Ley Hipotecaria y 353, 3.º, del Reglamento Hipotecario).

VI. 5. No sospechaba yo que los garabatos se esponjaran de tal manera al ser mecanografiados y os puedo asegurar que el cansancio de mis dos dedos es con mucho superior al vuestro. Sin embargo, aún queda algo que decir sobre los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, para justificar unas líneas sobre la Resolución de 30 de septiembre y para comentar el pacto de pago del precio por «compensación». Del mismo modo que en la venta en garantía el pacto de readquisición es el reflejo de la compulsión al cumplimiento, en la opción en garantía la compensación en el precio es el reflejo de la reacción frente al incumplimiento, el resquicio por donde la relación subyacente respira y, al mismo tiempo, mecanismo imprescindible de la función de garantía.

Personalmente, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario no me parece un mal artículo; quizá su párrafo primero pueda inducir a confusión, pero las tres circunstancias especiales que reclama se imbrican en la lógica del sistema.

En primer lugar, el convenio expreso de las partes para que se inscriba como elemento del contenido negocial, que no puede ser suplido por la rogación ni por la instancia del artículo 110 del Reglamento Hipotecario. Que el propio contenido negocial se altera lo prueba el hecho de que hay autores que entienden que la inscripción exonera al concedente de la prohibición de enajenar que el pacto personal lleva consigo (28).

Parece a todas luces excesiva la discusión sobre la esencia del convenio, cuando no se trata ya de la autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales, sino de la adopción de un molde personal o de un molde real, teniendo en cuenta, además, que mientras no se pruebe otra voluntad de las partes, los derechos constituidos se entienden personales.

Por otra parte, tampoco la situación es excepcional. Tengo la convicción de que la posibilidad de escoger entre dotar de eficacia personal o de eficacia real a un pacto está en la base del párrafo 1.º del artículo 45 de la Ley Hipotecaria —«la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia, concurso o quiebra, hecha o que se haga para pago de deudas reconocidas contra la misma universalidad de bienes, no producirá garantía alguna de naturaleza real en favor de los respectivos acreedores, a no ser que en la

(27) Utilizo las palabras del Reglamento sin ánimo de entrar en nuevas discusiones. Así, TORRES LANA, *ob. cit.*, págs. 210 y sigs., opina: «Hay que entender, con LACRUZ y SANCHEZ, que los derechos personales sólo tienen acceso al Registro cuando la Ley lo concede para una especie concreta. Y en nuestro caso está claro que la Ley —es decir, el Reglamento Hipotecario— solamente autoriza la inscripción de la opción de compra». Por su parte, JOAQUÍN TORRENTE, *ob. cit.*, págs. 123 y 124, entiende, siguiendo a ROCA SASTRE, que aquellas palabras son «por mejor simplificar» y no debe haber obstáculo para que se inscriba «un contrato generador de un derecho de opción a un derecho inscribible sobre un inmueble», siempre y cuando se den las tres circunstancias especiales exigidas por el mismo artículo.

(28) TORRES LANA, *ob. cit.*, págs. 112 y sigs.

misma adjudicación se hubiese estipulado expresamente»—, que fue introducido como artículo 21 por la Ley de 21 de abril de 1909. Lo que esta Ley vino a decir es que los efectos que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1899 y 5 de octubre de 1903 y Resolución de 20 de agosto de 1906) habían dado a la obligación que el artículo 33 del Reglamento Hipotecario —el de 21 de junio de 1861, sin alteración en la reforma de 19 de octubre de 1870— imponía al inscribir la adjudicación de hacer «mención literal de la obligación de emplear su importe en pagar deudas o cargas de la misma herencia o concurso», en el sentido de que «implícaba la constitución de un derecho real sobre tales bienes», habían de ser desde entonces expresamente queridos.

La evolución posterior hizo sentir a la doctrina la necesidad de nominar esa «carga real» mediante la constitución de alguno de los derechos reales típicos de garantía. No voy a entrar en si esa necesidad era real o ficticia, cuando una vez más la voracidad fiscal ha arrumbado lo natural y obligado a los tortuosos vericuetos del poder irrevocable.

En segundo lugar, el precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. Este último nos indicará la naturaleza onerosa o gratuita del contrato. Respecto del primero cabe preguntarse si es requisito de eficacia real o si lo es de existencia de la propia opción.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de octubre de 1961 —y en el mismo sentido, las de 18 de abril de 1978 y 19 de febrero de 1983—, declaraba: «Para que pueda tener realidad el contrato de opción, se hace necesario que las dos condiciones esenciales de la compraventa, el objeto y el precio, estén bien precisados y determinados al redactar el contrato», y la de 4 de abril de 1987 dice que son elementos principales de la opción de compra: «La concesión al optante de la decisión unilateral respecto a la realización de la compra, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la determinación del plazo para el ejercicio de la opción, siendo, por el contrario, elemento accesorio el pago de una prima».

TORRES LANA (29) ha tratado de defender otra posibilidad: «La distinción entre los elementos reales de ambos contratos, junto con la independencia de su régimen, puede mostrar aquí toda su fecunda eficacia; por consiguiente, en nada le afecta la omisión de un requisito, aunque sea esencial, porque tal vicio o carencia es susceptible de una subsanación eficaz y multiforme; de esta manera, puede ser válida una opción de compra cuyo precio no haya sido señalado ni siquiera indirectamente; en todo caso, la mecánica de la opción permite que en la relación objeto-precio del contrato definitivo la determinación del uno pueda correlativamente compensar la indeterminación del otro».

Sin embargo, su afán por defender la autonomía conceptual de ambos contratos le lleva no sólo a ser contradictorio, sino a contradecir aquel principio, por cuanto la perfección de la opción de compra necesitará de la integración de la compraventa.

Más dudoso es el supuesto a que daría pie la resolución que se comenta, de que el precio se encomienda a la determinación de un tercero; nueva aibarda a las dificultades que páginas atrás apuntábamos a esta fórmula de arbitrio. Parece que ese precio debe tenerse ya por cierto,

(29) *Ob. cit.*, pág. 166.

a tenor de los artículos 1.445 y 1.447 del Código Civil (30). Para Díez-PICAZO (31), la fijación íntegra del contrato sería, por tanto, genérica y no funcional.

Pero cualquiera que sea la opinión que se defienda debe ceder ante la configuración reglamentaria de la cifra de adquisición, como requisito de esencia para la eficacia real del derecho de opción. Correlativamente a otorgar al contrato trascendencia real, quiere el legislador la exacta constancia del valor en cambio de la finca.

AMORÓS GUARDIOLA, comentando la Resolución de 7 de diciembre de 1978 (32), distinguía entre las inscripciones posteriores a una situación registral: 1) los derechos de dominio, goce o disfrute: deben decaer como consecuencia del ejercicio de la situación preferente por causa clara de incompatibilidad, y 2) derechos de realización de valor: sus titulares, «aunque vean extinguida su titularidad por el ejercicio del derecho anterior preferente, tienen derecho al importe del valor que se obtenga en la venta de la finca, ya sea ésta voluntaria o judicial. O a parte del mismo, si son varios los acreedores y el dinero obtenido no cubre todos los créditos garantizados. Su derecho inscrito, cuya cancelación automática se discute, recae precisamente sobre el valor en cambio de la finca. Aunque la cancelación sea debida por el juego de la preferencia excluyente y de la prioridad, sólo deberá formalizarse cuando se respete el derecho de realización del valor en cambio de la finca, que corresponda a los titulares posteriores».

Estas ideas forman parte del entramado del sistema y para distintos supuestos se recogen en el articulado (arts. 107, 7.º, y 131, 16, de la Ley Hipotecaria, y 175, 6.º, y 235, 9.º, del Reglamento Hipotecario). En ese entramado encaja el artículo 14 del Reglamento Hipotecario; el precio en la opción de compra aparece como cifra de retención en favor de acreedores posteriores, como compensación de la prioridad real que la propia inscripción le otorga. Es, pues, de orden público la determinación del precio.

No creo que haga falta repetir aquí las razones por las que pienso que la Resolución de 10 de abril de 1987 no se desvía un ápice de esta línea; la recuerdo porque nos devuelve al hilo inicial cuando expresa que «el término compensación en la práctica jurídica y en las mismas leyes no sólo alude a un modo de extinguirse las obligaciones». Parece que en este sentido práctico se emplea en las fórmulas próximas al supuesto que se comenta: el optante podrá satisfacer, en todo o en parte, el precio de adquisición por vía de compensación de los créditos que en tal momento ostente contra el concedente.

La construcción de la figura como un supuesto de compensación voluntaria de deudas aún no vencidas (33) plantea enormes problemas de conciliación con la exigencia de precio cierto (art. 1.445 del Código Civil) y no señalado nunca por el arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.449 del Código Civil), y con la exigencia de correspectividad no sólo en la génesis, sino en la materialización de las prestaciones de una relación

(30) Así, G. GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XIX, página 50.

(31) *El arbitrio...*, cit., págs. 9 y sigs.

(32) Recogida en *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General*, años 1969-1982, Madrid, CEH, 1987, págs. 1165 y sigs.

(33) La compensación voluntaria es admitida por la doctrina. Así, PUTG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, 1, 2.º, pág. 379.

sinalagmática —cosa por precio— no susceptible de decisión unilateral (artículo 1.256 del Código Civil).

La razón estriba en querer atribuir a la palabra «compensación» el sentido jurídico de los artículos 1.195 y siguientes y no el más adecuado y prosaico de «deducción»: del precio se deducirá el importe de las deudas. Si en el ámbito consensual del contrato de compraventa, el conocimiento por las partes del importe presente de la deuda a deducir puede justificar la certeza del precio, y si en el ámbito personal de la opción de compra idéntico conocimiento y la autonomía del tipo negocial puede justificar la atadura del concedente, en el ámbito registral, el desconocimiento por los terceros de aquel importe y, en consecuencia, de la cifra de garantía de su derecho posterior, implica ineludiblemente la indeterminación del precio de adquisición, lo que justifica deba carecer, y carecerá por su no inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, por incumplimiento de la regla 2.ª del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, de eficacia real.

Queda el último extremo: es condición de existencia del derecho de opción el plazo de vinculación del concedente; es condición de su eficacia real que ese plazo no exceda de cuatro años. La Compilación navarra debe ser observada desde su perspectiva de Derecho foral.

Con ese entendimiento creo que debe abordarse la Resolución de 30 de septiembre de 1987. Y con ese entendimiento creo que establece una doctrina lógica, sana y coherente; lo que me causa perplejidad es que me parece que coincide de una manera asimismo lógica, sana y coherente con la postura del Registrador de la Propiedad, que ve decaer su nota, y que en nada se parece a la tesis del Notario, que prospera.

Entiendo que había cuatro maneras de enfrentar la operación. Dos de ellas, maximalistas por los extremos, no fueron defendidas por nadie: no cabe la prórroga de una opción viva, debe esperarse su muerte forzosa o voluntaria; la segunda: cabe la prórroga indefinida de la opción por nuevos acuerdos de voluntad.

La tercera sería: cabe la prórroga del derecho de opción inscrito por un plazo máximo de cuatro años, a contar desde la escritura de prórroga, pero el derecho subsiste idéntico. Esta, entiendo yo, era la postura del Notario; el resultado es fácil de adivinar: se realiza un *sandwich* con la anotación de embargo intermedia.

La última posibilidad es entender que la prórroga se computa desde la fecha de la escritura, pero no se encabalgua con el plazo anterior, no hay solución de continuidad, de modo que la ampliación de plazo no perjudica los derechos adquiridos con anterioridad a su inscripción por terceros. Esta conclusión creo que está presente en las palabras del Registrador: «La escritura calificada solamente dice cuando termina el plazo de prórroga, y nada dice de que haya de contarse desde la escritura de prórroga, pues si lo hubiese dicho así, haciéndose constar en la inscripción, hubiera podido practicarse ésta, salvando los principios hipotecarios». También tenía razón el Registrador al plantear el problema gramatical: la prórroga define un plazo añadido para una misma situación, la llamada prórroga del derecho de opción determina registralmente, donde aquél vive, una situación radicalmente nueva.

Ahora bien, esa posible coexistencia de plazos obliga a ser muy cuidadosos en el análisis de las fechas de pretensión y de ejercicio de la opción, otorgamiento de escritura y decisión judicial, y constatación registral de

unos y otros por su adecuada vía. Por ello me parece muy dudosa la tesis de ROCA SASTRE, muy comúnmente seguida, de aplicar analógicamente el artículo 177 del Reglamento Hipotecario —que establece un plazo de gracia de ocho días para la cancelación del pacto de retroventa caducado—, y aún le parece breve, a la cancelación de la opción de compra caducada. Pienso que lo delicado del tema no permite artificios analógicos. La eficacia real de la opción de compra nace con la inscripción y debe morir con ella.

Y para concluir, cerrando el ciclo quizá con alfileres, vuelvo a la idea inicial: la relación de hechos debe cuidarse al máximo; así, en las dos primeras líneas del segundo párrafo del punto II de los hechos de la resolución que se comenta quiero yo encontrar, a pesar de la deficiente redacción, el apoyo implícito de la Dirección General a la tesis que se acaba de esbozar.

FERNANDO CANALS BRAGE