

La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario

*The Call Option and the Directive 2014/17/EU**

por

PALOMA DE BARRÓN ARNICHES
Profesora Agregada de Derecho civil
Universidad de Lleida

RESUMEN: La defensa del consumidor en sus relaciones crediticias, especialmente aquellas dirigidas a obtener financiación para la compra de la primera vivienda, constituye el objetivo principal de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Con la

* Trabajo realizado dentro de las actividades del grupo de investigación consolidado 2017SGR997, reconocido por la Generalitat de Catalunya, y en el marco del Proyecto de investigación «Los derechos de adquisición y de preferencia» (PGC2018-094243-B-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación), del que son investigadores principales el Dr. Esteve BOSCH y la autora del trabajo; proyecto que a su vez está coordinado con otro del mismo nombre y dirigido por las profesoras M.^a Paz SÁNCHEZ y M.^a Amalia BLANDINO.

Mi agradecimiento a los profesores TRIMARCHI y BONGIOVANNI, y a la Biblioteca de la Università di Messina; a la profesora Esther ARROYO por su desinteresada ayuda, y a los becarios de investigación del Departamento, Mireia NARCÍS, Macloud MARTINEZ y Raquel AMAT.

mirada puesta en esta norma europea, el presente trabajo aborda la cuestión relativa a la virtualidad de la opción de compra para ejercer una función de garantía cuando acompaña a un negocio de préstamo inmobiliario. La opción de compra es un mecanismo de adquisición de bienes que carece de regulación en el Código civil español y que, además, ha sido objeto de serios recelos cuando se emplea con fines de garantía, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, que lo catalogan como incompatible con la prohibición legal del pacto comisorio. Sin embargo, el derecho comunitario de consumo propugna una importante flexibilización de las fórmulas lícitas para la reintegración del préstamo, incluida la transmisión de la garantía al acreedor, de manera que la histórica prohibición general del comiso empieza a perder su razón de ser. Asimismo, algunos derechos civiles autonómicos, concretamente el catalán y el navarro, presentan una regulación bastante completa de una figura que, cada vez con más frecuencia, es empleada en el tráfico jurídico como instrumento de garantía.

ABSTRACT: Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council. of 4 February 2014, aims at protecting creditors in relation to credit agreements relating to residential immovable property. On the basis of this European framework, this paper analyses the feasibility of a purchase option as a security for a real estate loan. Purchase option lacks regulation in the Spanish Civil Code. Spanish scholars and case law distrust the use of purchase option as a security because of the prohibition of the comissory pact. Yet Community law advocates for easing legal mechanisms for reimbursement, including transfer of securities to the creditor. Therefore, the traditional disregard of the lex comissoria has little sense. On the other hand, Catalan and Navarre laws rule this institution which use as a security increases steadily.

PALABRAS CLAVE: Directiva 2014/17/UE. Opción de compra. Crédito inmobiliario. Pacto comisorio. Garantía real.

KEY WORDS: Directive 2014/17/EU. Purchase Option. Property Credit. Lex Comissoria Clause. Real Guarantee.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS GARANTÍAS REALES EN LA DIRECTIVA 2014/17/UE: 1. EL SISTEMA DE GARANTÍAS REALES *NUMERUS APERTUS*. 2. LA TRANSFERENCIA DE LA GARANTÍA AL ACREDOR. 3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN ITALIA.—III. EL PACTO COMISORIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE GARANTÍAS: 1. DERECHO CIVIL CATALÁN Y DERECHO FORAL NAVARRO. 2. LA JURISPRUDENCIA ANTE

EL PACTO MARCIANO COMO MEDIO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LAS GARANTÍAS REALES.—IV. LA OPCIÓN DE COMPRA DE NATURALEZA REAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA: 1. OPCIÓN DE COMPRA PERSONAL Y OPCIÓN DE COMPRA REAL. 2. OPCIÓN DE COMPRA REAL CON FUNCIONES DE GARANTÍA. 3. OPCIÓN DE COMPRA REAL CON FUNCIONES DE GARANTÍA DE ORIGEN CONVENCIONAL: *A) El contrato de crédito inmobiliario con opción de compra. B) El contenido mínimo del título constitutivo de la opción de compra en garantía. C) Determinación de la facultad del acreedor de ejercitarse unilateralmente la opción de compra. D) Determinación del precio de la opción de compra. E) Determinación del plazo de duración del derecho de opción de compra. F) Determinación de las obligaciones del concedente respecto al bien dado en garantía.*—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La defensa del consumidor en sus relaciones crediticias, especialmente aquellas dirigidas a obtener financiación para la compra de la primera vivienda, se ha convertido en los últimos tiempos en un objetivo claro del legislador europeo, que busca la cohesión social y también la estabilidad económica de la zona euro. La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial¹, se promulgó cuando ya llevaba años instalada la crisis económica y financiera en Europa. Cinco años más tardó el legislador español en la transposición, mediante Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario², aunque es lo cierto que ya había adelantado soluciones parciales para tratar de paliar algunos de los problemas más acuciantes que afectaban a los consumidores, especialmente en relación con la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual³. Señala en su exposición de motivos la LCCI que pretende con carácter general «*la recuperación de la confianza de los prestatarios*», en este sentido, extiende su aplicación a todas las personas físicas, tengan o no la condición de consumidores, y con independencia de que el destino de los bienes inmuebles implicados sea o no residencial⁴.

El presente trabajo se cuestiona la virtualidad de una figura bien conocida, la opción de compra, para ejercer una función de garantía cuando acompaña a un negocio de préstamo, incluso a pesar de la sempiterna prohibición del pacto comisorio. La opción de compra es un mecanismo de adquisición de bienes no regulado por el Derecho civil estatal⁵ que, sin embargo, se emplea con cierta frecuencia en el tráfico jurídico, habitualmente como un instrumento de garantía que escapa de los procedimientos tradi-

cionales de las entidades financieras y amplía el espectro con respecto a la garantía hipotecaria, permitiendo replantear el significado de la vinculación exclusiva de uno o varios inmuebles al pago de una deuda y dejar fuera de la responsabilidad patrimonial del prestatario el resto de sus bienes.

Así, en muchas ocasiones el optante es el acreedor que quiere garantizar un préstamo dinerario con un plazo relativamente corto de vencimiento, y en el que desde el primer momento la cuantía del principal prestado se acomoda al valor real de la finca que el deudor le ofrece en garantía⁶. También puede ocurrir que el optante sea el fiador en un préstamo ajeno, que quiere garantizar la devolución de las cantidades que puede verse obligado a abonar, en el supuesto de que el deudor principal incurra en impago⁷. En ocasiones las partes, optante y concedente, son socios en diversos negocios o actividades económicas, que dan lugar al nacimiento de relaciones crediticias, que afectan en último término al patrimonio particular inmobiliario del deudor⁸.

La mencionada ausencia de regulación sustantiva de la opción de compra proporciona ciertas dosis de inseguridad jurídica en el funcionamiento de esta figura que, a la postre, se convierte en litigiosa como lo demuestra la abundante jurisprudencia existente sobre la materia⁹. Ello, sin perjuicio de que se trate de una figura que aparece, generalmente, en la práctica, diseñada como un traje a medida para cada supuesto fáctico, a través de los pactos de los contratantes. A diferencia de lo que ocurre a nivel estatal, sí existen normas autonómicas que regulan la figura de la opción de compra. Los artículos 568-1 a 12 del Código civil de Cataluña¹⁰ y las Leyes 460 y 461 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra¹¹, aunque ninguno de los dos ordenamientos civiles contempla ni regula la opción de compra con fines de garantía¹².

El presente trabajo trata de poner en relación el Derecho europeo de consumo con el sistema civil de garantías. En especial, se pone el acento en el encaje de la opción de compra en garantía dentro del elenco que se ofrece a los ciudadanos en sus relaciones crediticias, en tanto que viene de Europa una clara flexibilización de las fórmulas lícitas para la reintegración del préstamo, y va perdiendo su razón de ser la prohibición general del comiso. Se propone la regulación de la opción de compra como instrumento de garantía, que se emplea ya en la práctica sustentada por la autonomía de la voluntad de los contratantes. Entendiendo que es preciso un marco legislativo que proporcione seguridad en el tráfico e impida las posibles asimetrías en las posiciones contractuales, peligro que, en último término, es el que pretende conjurarse desde antiguo con la prohibición del pacto comisorio. Y, considerando, al mismo tiempo, que la propuesta de regulación de la Asociación de Profesores de Derecho civil sobre los derechos voluntarios de adquisición, constituye el contexto adecuado en el

que plantear la oportunidad de esta normativa sobre la opción de compra en garantía¹³.

El trabajo se estructura en dos partes bien diferenciadas: la primera se centra en el análisis de la Directiva 2014 y en sus *efectos* sobre los diferentes ordenamientos, especialmente el nuestro, abordando el problema capital de la prohibición del pacto comisorio. La segunda parte trata de justificar la admisibilidad de la opción de compra en garantía, concretamente la opción de compra de naturaleza real, abordando tanto lo que sería un posible régimen jurídico de la institución, como los acuerdos que con mayor frecuencia son empleados por las partes en ejercicio de su autonomía negocial.

II. LAS GARANTÍAS REALES EN LA DIRECTIVA 2014/17

1. EL SISTEMA DE GARANTÍAS REALES *NUMERUS APERTUS*

Es un hecho que el papel armonizador de la Directiva 2014, en aras de la defensa de los intereses de los consumidores, tiene consecuencias de gran calado en los sistemas jurídicos nacionales de la UE. Se trata de una norma que vio la luz después de un larguísimo proceso de búsqueda de armonización del mercado hipotecario en Europa. Un proceso en el que se barajaron soluciones que iban desde la autorregulación y las recomendaciones hasta la promulgación de un Reglamento, optando finalmente por la Directiva, porque permitía combinar la armonización máxima con la mínima y, además, conjugar por una parte normas con exigencias concretas y, por otra, medidas basadas en principios¹⁴.

Así pues, es preciso tener claro, en primer lugar, cuál es el objeto, la materia que finalmente regula la Directiva, dado que esta norma únicamente no afectará —y, por tanto, dejará al albur de las regulaciones nacionales—, a los aspectos que no quedan regulados en la misma. Así lo expresa el Considerando 21, y así se articula a través del artículo 2.º, apartado primero, según el cual la eficacia de las disposiciones que mantengan o adopten los Estados miembros queda condicionada a su compatibilidad con las obligaciones que el Derecho de la Unión les impone.

Señala el legislador europeo en el artículo 1.º de la Directiva: «*La presente Directiva establece un marco común en relación con ciertos aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía*». A partir de aquí, está claro que la Directiva trasciende el crédito garantizado con hi-

poteca¹⁵, y afecta a todo tipo de garantías inmobiliarias y, en consecuencia, también a la opción de compra de naturaleza real, cuando se emplea con esta finalidad.

El artículo 3.^º insiste: «*La presente Directiva se aplicará: a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial*». Tal definición encaja con la utilización de la garantía hipotecaria, con una garantía hipotecaria reforzada con una opción de compra sobre el inmueble¹⁶, o con el recurso exclusivo a la opción de compra como instrumento de garantía, entre otras opciones¹⁷.

Así, la Directiva efectúa una categorización común de todos los negocios jurídicos dirigidos a obtener financiación para la adquisición de un inmueble de uso residencial, cuando quien tiene la condición de prestatario, garante, o titular de la garantía inmobiliaria sea un consumidor. Sin embargo, la Directiva no define lo que se entiende por inmueble de uso residencial, de manera que puede entenderse que este concepto no está ceñido únicamente al inmueble que constituye la vivienda habitual o permanente del consumidor¹⁸. Tenemos, por tanto, un espectro amplio de negocios jurídicos en los que se vincula la adquisición de inmuebles de uso residencial con mecanismos de garantía. Ello, en el bien entendido de que el derecho de la Unión no tiene competencia en materia de derechos reales, sino que los Estados miembros son soberanos en esta materia.

Por lo que respecta al Estado español, el principio de *numerus apertus* de los derechos reales se recoge en los artículos 2.2.^º LH y 7 RH, de modo que es posible que la autonomía de la voluntad produzca garantías reales diferentes a las reguladas en la normativa civil e hipotecaria vigente¹⁹. En este sentido, la opción de compra en garantía es un derecho real atípico, que respeta las exigencias establecidas por la jurisprudencia, y por la propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁰. Pero es que, además, la LCCI, al realizar la transposición de la Directiva, mantiene este carácter amplio de su objeto:

Artículo 1. «*Objeto. Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial (...)*»²¹.

En consecuencia, si la opción de compra sobre inmuebles es un negocio jurídico admitido en nuestro Derecho, debe quedar sujeta —cuando aparezca vinculada a contratos de crédito solicitados o avalados por consumidores—, al régimen jurídico previsto en la Directiva. Este paraguas de la Directiva afecta, por supuesto, a las normas sobre transparencia, pero también a las obligaciones que el legislador europeo impone a los Estados

en relación con la ejecución de las garantías, a las que a continuación me referiré.

2. LA TRANSFERENCIA DE LA GARANTÍA AL ACREDITOR

El artículo 28 de la Directiva es el único en el que se regulan cuestiones relacionadas con la mora y el incumplimiento del deudor y consiguientes actuaciones ejecutivas de la parte acreedora. Resulta interesante detenerse en la exégesis del mismo, y ponerlo en relación con la problemática del pacto comisorio y su tradicional rechazo por parte de la legislación y la jurisprudencia españolas.

En efecto, desde la perspectiva más tradicional, en el sistema español se rechaza a priori la opción de compra en garantía por enmascarar un pacto comisorio prohibido²². Se entiende que, mediante la concesión de una opción de compra al acreedor en caso de impago o incumplimiento de la obligación, lo que se trata de garantizar no es el cumplimiento sino el no perjuicio ante el incumplimiento. La opción de compra lleva consigo la intención de sustituir el cobro de un crédito por la adquisición de una finca. Esta posibilidad queda expresamente vedada respecto a la hipoteca y la prenda por mor del artículo 1859 del Código civil²³. Las cuestiones en juego son las siguientes: el enriquecimiento injusto en perjuicio del deudor, y la destrucción de la naturaleza de la garantía que lleva consigo la realización del valor de la cosa, el *ius distrahendi*, dado que aquí no se convierte la cosa en dinero, sino que se produce una adjudicación en pago de deuda. Se entiende que dicha adjudicación produce un desequilibrio de las prestaciones que atenta contra la exigencia de la causa del negocio: el acreedor se hace propietario sin que realmente haya *causa tradendi* sino mera *causa solvendi*. También se aduce que con el pacto comisorio las partes acuerdan una ejecución «extrajudicial» por trámites privados²⁴.

Por el contrario, desde la perspectiva del legislador europeo no parece haber dificultad alguna para admitir sin reticencias que un pacto privado que estableciera la posibilidad de que la cosa ofrecida en garantía se transmitiera al acreedor para saldar la deuda, sería lícito y perfectamente eficaz. Consciente de la diversidad de sistemas de derechos reales de garantía de cada Estado, la Directiva no solo valida el pacto originario de carácter dispositivo que pretenda establecer la ejecución privada de las garantías inmobiliarias, sino que además establece la obligación de los Estados de no impedir que los particulares puedan proceder de este modo, armonizando en este punto, el sistema crediticio comunitario para todo el territorio de la Unión Europea. Así, señala el apartado 4 del citado artículo 28 que «*los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan*

acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito»²⁵.

Sorprende la rotundidad del planteamiento contenido en la norma europea, pero no puede olvidarse que en el momento de su promulgación los efectos de la crisis financiera eran patentes en los diferentes Estados de la Unión, en algunos de ellos, como España, con el efecto de pérdida de la primera vivienda para muchos deudores hipotecarios²⁶. No eran pocos los supuestos en los que los tribunales españoles se encontraban con que, tras la ejecución hipotecaria que culminaba con la adjudicación de la vivienda a la entidad crediticia ejecutante por el 50% de su valor de tasación (70% de la vivienda habitual, a partir de la reforma de 2013), el banco instaba un procedimiento ordinario reclamando la diferencia pendiente de cobro, al amparo de lo dispuesto en el artículo 105 LH y del artículo 1911 del Código civil. La jurisprudencia se mostró vacilante, discutiéndose la posible aplicación de la doctrina del abuso de derecho en la petición del banco o, incluso, la posibilidad de que se diera un supuesto de enriquecimiento injustificado en los casos en que el valor de mercado de la vivienda adjudicada a la entidad financiera ejecutante superaba con creces la deuda total que se reclamaba²⁷.

Volviendo al tenor literal del artículo 28.4, destaca la diferencia con los apartados precedentes del mismo artículo, en los que el legislador emplea términos mucho menos taxativos, por ejemplo, al establecer que los Estados miembros «podrán exigir al prestamista que», o «podrán autorizar a los prestamistas a». Contrastá enormemente con el establecimiento de una verdadera obligación de no impedir los pactos privados sobre una transferencia de la garantía como mecanismo para reembolsar el préstamo. No solo eso, sino que el legislador europeo establece que este mecanismo se puede pactar para que *baste*²⁸, es decir, para que sirva a los efectos de lograr el reembolso íntegro del crédito, en clara alusión a la posibilidad de limitar el efecto del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor²⁹. Por tanto, puede sostenerse que el legislador europeo propugna soluciones alternativas a la hipoteca, que pivoten sobre la elección de un bien inmueble cuya valoración sea acorde con la cuantía solicitada en préstamo, y en las que la actualización de dicha valoración proteja a la parte deudora de ver comprometido todo su patrimonio en la devolución del préstamo.

Así las cosas, parafraseando la dicción del artículo 2.1 de la Directiva anteriormente mencionado, cabe señalar que las disposiciones que mantengan los Estados miembros en materia de prohibición del comiso quedan, desde la promulgación de la Directiva, condicionadas a su compatibilidad con lo dispuesto en el artículo 28, apartado 4. Hasta el punto de que no es aventurado sostener que se trata de un precepto de obligada transposición a los derechos nacionales.

A mi parecer, la transposición del artículo 28.4 de la Directiva no se ha llevado a cabo en la LCCI, a pesar de la tímida mención contenida en los preceptos 6.1 h) y 9.ñ), sobre la información básica que debe figurar en la publicidad de los préstamos hipotecarios³⁰. El artículo 28.4 interpela directamente a los sistemas civiles que contienen reglas prohibitivas como la contenida en el artículo 1859 del Código civil, instándoles, como mínimo, a una interpretación más restrictiva, especialmente cuando aparece en garantías reales diferentes de las contempladas por la norma, por ejemplo, en una opción de compra o en una venta a carta de gracia. De manera que se persigan los supuestos en los que resulte acreditada la concurrencia de una situación de ventaja injustificada para la parte acreedora, o de vulneración del principio de autonomía de la voluntad mediante cláusulas contenidas en condiciones generales no consentidas de forma expresa por la parte deudora. Esto es, que no resulte prohibido cualquier pacto comisorio solo por el hecho de serlo, sino que resulte vedado en aquellos casos determinados en los que se observe una ventaja injusta para una de las partes contractuales.

No se puede olvidar que la Directiva es un instrumento legislativo más dentro del muy extenso acervo comunitario en materia de consumo, cuyo objetivo es entre otras cosas, el de armonizar y consolidar algunas categorías propias del Derecho europeo de contratos, como lo es, por ejemplo, la del equilibrio entre las partes contratantes³¹. Y ello para obtener, en último término, un mercado europeo más eficiente. En efecto, el *soft law* europeo contempla la posibilidad de que un contrato de carácter oneroso pueda concluirse en situación de clara desventaja para una de las partes, por causa de su dependencia de la otra parte, o impulsado por una situación de especial vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa. En estos casos, es evidente que debe operar la limitación de la efectividad de tales acuerdos, pero no por el hecho de que versen sobre la entrega del bien dado en garantía para reembolsar el préstamo, sino porque atentan contra los principios rectores de nuestro derecho de contratos³².

El legislador español no es el único, dentro de los países del *continental law*, que ha obviado la transposición del artículo 28.4 de la Directiva. Alemania y Francia tampoco entran en esta materia, aunque la situación de sus sistemas de garantías es bien diferente.

En Alemania, todo lo relativo al crédito al consumo —proveniente tanto de la Directiva 2008/48/UE como de la Directiva 2014/17/UE—, ha quedado codificado en el BGB, que regula cuestiones como la evaluación de la solvencia económica del prestatario regulada en los artículos 18-20 de la Directiva 2014, y otras como los contratos vinculados, el crédito en moneda extranjera o las obligaciones de asesoramiento por parte de las entidades prestamistas o por terceros³³. En cuanto a la prohibición del pacto comisorio, aparece en sede de prenda (§ 1229 BGB). Al mismo tiempo, la figura de

la transmisión de propiedad en garantía, de gran raigambre en este país, se ha convertido en una de las garantías más extendidas en la práctica, aunque siempre para bienes muebles, no para inmuebles³⁴. Esta situación divide a la doctrina alemana entre los que entienden que también afecta a la transmisión en garantía la prohibición del pacto de *lex comissoria*, sobre la base de que no es una norma propia de la prenda sino un principio general, y los que niegan la aplicación de este precepto a la transmisión en garantía, porque esta figura se estructura de forma distinta —e incluso opuesta y contraria— a la prenda³⁵. Lo que está claro es que, en la figura de la transmisión de propiedad a título de garantía, el propio tomador de la garantía puede ser quien adquiera finalmente, para sí, la cosa en la ejecución, siempre que no se haga un uso indebido de este derecho, es decir, dentro de los límites del deber, implícito en todo acuerdo de garantía, de ejecutar la cosa de la manera más provechosa posible y respetando los intereses del prestador de la garantía.

En Francia, la prohibición del pacto comisorio se encontraba recogida en el *Code*³⁶, pero esta situación revertió absolutamente a partir de la reforma introducida mediante la Ley de 26 de julio de 2005, para la confianza y la modernización de la economía, que habilitó al Gobierno para reformar el derecho de garantías³⁷. Por ello, al tiempo de la promulgación de la Directiva, se hizo innecesaria la transposición de este concreto aspecto. En la actualidad el artículo 2373 *Code* establece que la propiedad de los bienes inmuebles puede ser retenida o cedida en garantía³⁸. En definitiva, el legislador francés ha optado por transformar el régimen legal de garantías reales, consagrando en concreto, la cesión de la propiedad en garantía y, con ella, la desaparición de la prohibición del pacto comisorio de su sistema jurídico.

En las líneas que siguen voy a abordar un poco más en detalle la cuestión de la transposición de la Directiva en el derecho civil italiano, que contiene una disposición del mismo tenor que la del artículo 1859 del Código civil³⁹, y que ha procedido a realizar la transposición del artículo 28.4 de la Directiva.

3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN ITALIA

La prohibición del pacto comisorio proveniente del Derecho romano, aunque potenciada por el Derecho canónico en su afán de represión de la usura, llega hasta el *Codice civile* (arts. 1884 y 1894 CC de 1865) y se perpetúa en el vigente *Codice* de 1942 (arts. 2744 y 1963) más por razones estructurales, de índole jurídica, que por razones morales, puesto que dicho pacto comisorio queda sustituido por el *ius distrahendi* que se otorga al acreedor titular de un derecho de garantía. Sobre la base de esta normativa, la jurisprudencia italiana mantiene hasta nuestros días el esquema clásico de

prohibición de cualquier negocio que *encubra*⁴⁰ la posibilidad de transferencia del bien dado en garantía al acreedor⁴¹. Así las cosas, a pesar de que la dinámica del mercado de crédito conduce de forma innata hacia mecanismos más flexibles, que pretenden eludir la prohibición legal en defensa de los intereses de la parte acreedora, (que se ve perjudicada por la lentitud de los procedimientos de ejecución ordinaria, sin resultado final satisfactorio), la solidez del dogma tradicional explicitado en la normativa civil, dificulta el juego de la autonomía de la voluntad en esta dirección.

Junto con la prohibición del artículo 2744, se encuentra regulada en Italia la llamada *vendita con riscatto* (arts. 1500-1509 CC⁴²) o la *vendita con reserva di proprietà* (arts. 1523 y sigs. CC), igual que ocurre en el derecho español. Esta realidad es causa de debate entre la doctrina, dado que a la discusión sobre el fundamento de la prohibición del pacto comisorio en la actual realidad socioeconómica, se suma la necesidad de operar una *reductio ad unum* con otras instituciones como las mencionadas⁴³. En concreto, respecto a la venta con pacto de retro, la razón para determinar la nulidad de los contratos en los que la transferencia de la propiedad queda subordinada a la devolución de una determinada cantidad por parte del deudor/recomprador del bien es, precisamente, que la *causa solvendi* del negocio de compraventa se diluye en la finalidad de garantía que penetra todo el negocio jurídico, el cual ya no puede calificarse como una venta⁴⁴. Se prioriza, así, el aspecto funcional del negocio (garantía) independientemente de que el tipo contractual utilizado sea uno de los previstos en el *Codice civile*⁴⁵.

La transposición de la Directiva 2014 se plantea en Italia cuando ya hay voces que solicitan una evolución de los sistemas de garantía, y una interpretación más flexible de la referenciada prohibición del pacto comisorio⁴⁶. La punta de lanza son determinados instrumentos financieros en los que se considera que es más sencillo determinar a priori la proporción entre la cuantía del préstamo y el valor de la garantía, no sujeto a cambios como ocurre con respecto al valor de los bienes inmuebles, máxime en contextos de crisis⁴⁷. Al mismo tiempo, se van consolidando en el derecho contractual italiano algunos conceptos relevantes del derecho europeo de contratos como el del incumplimiento esencial, necesario para que el acreedor pueda resolver anticipadamente el préstamo y reclamar la deuda⁴⁸, lo cual, sin duda, produce un efecto protector inmediato del consumidor prestatario. Por último, se plantea el dilema entre la diligencia exigible al acreedor —la autotutela—, y el recurso a la autoridad judicial en la ejecución de las garantías⁴⁹.

El legislador italiano, en obediencia al mandato comunitario de transponer la Directiva 2014⁵⁰, en concreto el artículo 28.4 relativo a la transferencia de la garantía al acreedor, introduce una relevante reforma de la legislación sectorial bancaria, sin entrar, por tanto, a modificar la prohibición del pacto

comisorio contenida en el *Codice*. En efecto, el Decreto legislativo n. 385 de 1 de septiembre de 1993 (Texto Único Bancario⁵¹) es reformado mediante el Decreto legislativo n. 72 de 21 de abril de 2016, que introduce un capítulo I bis, titulado «Crédito inmobiliario a los consumidores», en el que se regula la financiación que una entidad bancaria puede proporcionar a un consumidor prestatario garantizada con hipoteca sobre el derecho de propiedad o sobre otro derecho real que tenga por objeto bienes inmuebles residenciales. La financiación debe ir destinada a la adquisición o a la conservación de la propiedad sobre un terreno o sobre un inmueble edificado.

Así, el nuevo artículo 120 *quinquiesdecies*, (apartados 3 y 4)⁵² contiene la regulación de un verdadero pacto comisorio que permite, entre otras cosas, la transferencia de la garantía al acreedor en condiciones no perjudiciales para el deudor consumidor, esto es, lo que ha venido a definirse como un pacto marciano. Se contempla el acuerdo que permita la dación en pago de deuda, o la apropiación del bien por parte del acreedor, o la puesta a la venta del bien, salvaguardando la extinción del crédito aunque el valor del bien sea inferior a la deuda —en claro perjuicio para la entidad financiera—. Si es al revés, si el bien vale más de la cantidad a la que asciende la deuda pendiente, se establece la obligación del acreedor de retornar el exceso al deudor. El recurso a esta vía está limitado al supuesto de un impago relevante —incumplimiento esencial—; por lo menos una cantidad equivalente a dieciocho cuotas mensuales. En cuanto a la valoración del bien, se establece que la misma se realizará en un momento posterior al incumplimiento y por un perito independiente escogido por las partes de común acuerdo o, en su defecto, nombrado por el tribunal. Queda consagrada, así, la posibilidad de recurrir a la ejecución privada, al margen de los procedimientos previstos para la ejecución hipotecaria, y se obvia absolutamente la cuestión del posible perjuicio causado a los acreedores posteriores, al transferirse la titularidad del bien dado en garantía, como fórmula para extinguir el crédito pendiente.

Cabe realizar, sobre esta innovadora normativa, cuanto menos, dos advertencias. La primera, que chirría bastante la compatibilidad que el legislador pretende entre el mantenimiento de la prohibición del pacto comisorio en los términos que constan en el *Codice*, y la introducción de esta suerte de pacto, precisamente para los créditos garantizados con hipoteca, en la que el recurso a mecanismos privados de ejecución está expresamente sustituido por los procedimientos legalmente establecidos para el ejercicio del *ius distrahendi* por parte del acreedor. En segundo lugar y, ya puestos a arbitrar legalmente la compatibilidad de sistemas alternativos y contrapuestos de ejecución, ¿por qué solo se prevé para la garantía hipotecaria si la Directiva se refiere, en general, a cualquier garantía real? Esta solución limita sustancialmente la eficacia buscada por el legislador europeo para introducir la

posibilidad del pacto marciano en cualquier crédito inmobiliario, sea cual sea la garantía escogida por las partes.

El cambio de paradigma no se ha limitado en Italia a la contratación con consumidores, sino que también ha afectado a la actividad mercantil. La introducción del artículo 48 bis TUB mediante Decreto Legislativo n. 59, de 3 de mayo de 2016 supone un nuevo pacto marciano, muy extenso y detallado, para favorecer la financiación a los empresarios⁵³. En este caso sí se incide por el legislador en el carácter alternativo de este pacto con respecto a la hipoteca y sus reglas: se establece que ha de observar los mismos requisitos formales que se exigen para la constitución de la garantía hipotecaria y puede pasar por delante de esta con determinadas condiciones y, por supuesto, por delante de todas las cargas posteriores a la hipoteca que se hubieran inscrito antes de la formalización del pacto marciano⁵⁴. El acuerdo contempla, básicamente, la entrega de la propiedad de un bien o de un derecho real ya sea titularidad del deudor o de un tercero, al acreedor, condicionado a que se produzca el incumplimiento del deudor empresario. Se regula detalladamente en qué supuestos cabe entender que ha habido incumplimiento lo suficientemente grave por parte del deudor, en concreto deben pasar al menos nueve meses desde que se produzcan tres impagos, siempre que la cuota sea mensual, o doce meses desde un impago si los plazos fijados son superiores a un mes⁵⁵.

Ambos artículos de la normativa bancaria, tanto el aplicable a consumidores como el que se dirige al deudor empresario, buscan la protección del deudor mediante un cuidadoso procedimiento de avalúo del bien dado en garantía. Se establecen las reglas para que, una vez verificado el incumplimiento, el acreedor pueda solicitar del juez el nombramiento de un perito que se encargue del avalúo del bien sobre el que recae la garantía⁵⁶. Es aquí donde desaparece, o cuanto menos se diluye sustancialmente a mi juicio, el elemento de autotutela del acreedor, por cuanto la intervención del juez se torna decisiva, especialmente cuando existan otras posibles ejecuciones judiciales iniciadas con anterioridad sobre el mismo bien o derecho real⁵⁷. Pese a todo, si se compara este procedimiento con el previsto para la ejecución hipotecaria, no cabe duda de que se ha producido una clara simplificación del proceso de satisfacción del interés del acreedor.

Se consagra definitivamente en Italia la legalidad —si se cumplen una serie de requisitos— del traspaso de la propiedad de un bien al acreedor, con fines de garantía, y se tipifican los supuestos en los que puede operar dicho traspaso⁵⁸. En efecto, el legislador ha dado un importante paso al frente al convertir en supuesto legalmente sancionado lo que hasta ahora solo cabía al albur de la autonomía contractual, y sujeto a la mirada desconfiada de los tribunales, encargados de velar porque tales acuerdos no escondieran un intento de eludir la prohibición del pacto comisorio. A partir de la entrada

en vigor de estas normas, una parte de la doctrina italiana retoma con fuerza la crítica contra el mantenimiento de la prohibición del pacto comisorio en el *Codice*, y defiende la introducción de garantías reales atípicas que rompan con el principio de *numerus clausus*, y permitan una mayor flexibilidad del mercado crediticio, así como una más eficiente tutela ejecutiva⁵⁹. Se afirma que el legislador ha marcado una estructura común, que puede repetirse en cualquier fórmula de financiación, lo cual permite plantearse la posibilidad de tomarla como modelo para hacer extensible su eficacia jurídica a toda contratación de crédito con garantía real.

A mi juicio, el legislador italiano trata de concebir el pacto marciano —permitido por la ley— como sustancialmente diferente al pacto comisorio —que permanece vedado—, sobre la base del respeto a la libertad contractual y la protección a la parte deudora. En efecto, en la normativa italiana de transposición de la Directiva, la defensa de los intereses del finanziador y los derechos de los demás acreedores se sacrifica en aras de lograr la eficiencia del mercado crediticio, siempre que se respete el derecho del deudor a que el bien sea objeto de una valoración objetiva e independiente, para poder recuperar el exceso de valor si lo hubiera. Y este es un planteamiento claramente aplicable a todas las garantías reales que puedan acompañar a un crédito inmobiliario a consumidores, no únicamente a la garantía hipotecaria.

III. EL PACTO COMISORIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE GARANTÍAS

1. DERECHO CIVIL CATALÁN Y DERECHO FORAL NAVARRO

La doctrina y la jurisprudencia en Cataluña ha manifestado repetidamente que la prohibición del pacto comisorio no puede considerarse general, dado que no existe en el derecho civil catalán una norma del tenor del artículo 1859 del Código civil. Comenzando por los tribunales, hay dos sentencias del año 2019 que recogen de forma palmaria esta doctrina⁶⁰. Ambas recogen un supuesto de hecho muy similar⁶¹, en el que la escritura de préstamo hipotecario y la de constitución de una opción de compra se otorgan simultáneamente, el mismo día y ante el mismo notario, aunque la persona del optante y la del acreedor hipotecario no coinciden (quizá, ¿para evitar problemas de inscripción en el Registro de la Propiedad?). Lo cierto es que el ejercicio de la opción de compra queda sujeto a la condición suspensiva del impago del préstamo hipotecario, y el plazo también se referencia a la fecha de vencimiento del crédito (el optante dispone de un año exacto desde el vencimiento del préstamo, que ha de reintegrarse

en una sola cuota, para ejercitar la opción si hay impago). Meses después el primer optante transmite por precio su derecho de opción al acreedor hipotecario, que será quien, una vez se produce el incumplimiento de la parte deudora, ejerce la referida opción de naturaleza real y adquiere la propiedad del inmueble dado en garantía. Señala el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que la opción de compra así diseñada en los acuerdos de las partes, es válida y lícita por los siguientes motivos: «*En Derecho civil catalán no rige la prohibición del pacto comisorio en el sentido que explicitan los artículos 1859 y 1884 CCE, en los derechos reales de garantía típicos (retención, prenda, hipoteca y anticresis) ni en los atípicos. Por tanto, cabe la posibilidad de admitir cualquier tipo de garantía, típica o atípica, siempre que: I. Se respete el principio de autonomía de la voluntad y no se contravenga el pacto ni las normas imperativas y habiendo sido aceptado libremente por el deudor. II. Se respete el principio de no enriquecimiento injusto, mediante una justa valoración del bien. III. No se perjudique a terceros (par conditio creditorum). Evidentemente, el derecho catalán rechazaría cualquier tipo de enriquecimiento injusto que conforme a las circunstancias del caso revelen un inadmisible sacrificio patrimonial para el deudor, el propietario del bien o ambos.*»

Por otra parte, el Tribunal rechaza la idea de que pudiera constatarse en estos supuestos una hipotética voluntad de encubrir o disimular un pacto comisorio, cuestión que aparece con frecuencia en las resoluciones del Tribunal Supremo. No hay un entramado negocial simulado, ni nulo ni fraude en los términos fijados en el artículo 6.3 y 6.4, ni cabe deducir que las partes hayan actuado con fines fraudulentos o persiguiendo fines espurios o ilegítimos. Finalmente, a partir de los datos económicos del caso concreto⁶², el Tribunal constata que no hay enriquecimiento injusto del prestamista, puesto que queda constancia que se le debían 562.555,55 euros y se pudo quedar los inmuebles por el precio de 489.000 euros, lo que no produce enriquecimiento por existir un débito superior.

En cuanto a la doctrina, la argumentación es muy similar, se parte de que nunca ha sido general la prohibición del pacto comisorio en Cataluña, como lo demuestra la propia existencia de la venta a carta de gracia, que lleva implícito el pacto comisorio⁶³. Por otra parte, el análisis de las diferentes garantías reales recogidas en el artículo 568 del Código civil de Cataluña permite constatar que el pacto comisorio aparece expresamente vedado en dos casos concretos, el derecho de censo y el de superficie (arts. 565-8.7 y 564-5 CCCat). Muy al contrario, en el caso de la prenda, la anticresis y el derecho de retención, del tenor literal de los preceptos que regulan estas garantías cabe concluir que el legislador incluso prefiere otros mecanismos de realización del bien dado en garantía (es decir, la venta directa) siempre que haya acuerdo entre las partes. Ello implica, lógicamente, la devolución

al titular del bien del exceso, si lo hubiera, una vez realizada la venta del bien y liquidado el préstamo.

La regulación de la opción de compra como derecho voluntario de adquisición contenida en los artículos 568-1 a 12 del Código civil de Cataluña, si bien perfeccionable en algunos aspectos, otorga carta de naturaleza a esta institución, que encaja absolutamente en el sistema jurídico catalán. Dentro del capítulo dedicado a los derechos de adquisición se regula tanto el derecho de opción (arts. 568-8 a 568-12), como el derecho de redimir en la venta a carta de gracia (arts. 568-28 a 568-32)⁶⁴, como dos caras de la misma moneda, y ambas figuras son empleadas con frecuencia en el contexto de la financiación para la adquisición de inmuebles, a pesar de que el legislador catalán no ha entrado a regular su posible virtualidad como instrumento de garantía⁶⁵. A mi juicio, tal y como también ha señalado el Tribunal Superior de Justicia, esta función de garantía es posible y lícita, porque existen remedios en el Derecho civil catalán para evitar, en su caso, los supuestos de enriquecimiento injusto del acreedor:

«También el derecho de opción se ha visto como una figura que puede desarrollar una estricta función de garantía en el supuesto de que la facultad de adquisición voluntaria de un bien concedida al acreedor está condicionada al incumplimiento de una obligación dineraria —usualmente, préstamo— del deudor. Como ya se ha visto (entre otros, STS 311/1986 y STSJ 14/1991, de 31 de octubre), se trata de una modalidad negocial válida a pesar de que su finalidad primordial sea de garantía, sin perjuicio que una eventual carencia de correlación entre el precio de la opción y el importe de la deuda... o el hecho que la operación encubra un préstamo usurario pueda ser corregida por medio de los remedios legales específicos (acción de enriquecimiento injusto; nulidad por usura; rescisión por lesión). Desde esta perspectiva, no es baladí recordar la doctrina finalmente establecida por este tribunal respecto del justo precio en la rescisión por lesión de los contratos de opción. Partiendo del carácter principal del derecho de opción, se considera que el valor de la cosa es el de la fecha de perfección de la opción, no el de la fecha de conclusión del negocio translativo en caso de ejercicio del derecho, lo cual es un estímulo para que las partes introduzcan ab initio cláusulas de estabilización de la contraprestación para la adquisición del bien, tal como autoriza el artículo 568-6, b) CCCat (SSTSJ 1/2011, de 7 de enero [RJ 2011, 1418], y 17/2011, de 31 de marzo de [RJ 2011, 5824]). El legislador ha convertido este criterio en norma legal mediante el artículo 621-46.3 CCCat (“el desequilibrio a que hace referencia el apartado 1 tiene que existir en el momento en que se pacta la opción”)...»⁶⁶.

En Navarra, la situación es equiparable a lo que se observaba en líneas precedentes con respecto al derecho alemán, hay una prohibición expresa del

pacto comisorio en sede de prenda, que convive con la figura de la fiducia en garantía y, en el caso de Navarra, también con la venta con pacto de retro o a carta de gracia, con funciones de garantía.

En efecto, la Ley 469 prohíbe bajo pena de nulidad el pacto comisorio en la prenda, aunque luego atenúa el rigor de la prohibición, puesto que admite formas diferentes de ejecución del bien pignorado al margen de la subasta judicial o extrajudicial. Además, la Ley 466 sobre fiducia en garantía, expresamente reconoce al acreedor el derecho a adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o derecho, cuando lo hubiera pactado con su deudor. Por último, en la venta a carta de gracia, la norma establece el procedimiento por el que el acreedor puede acabar apropiándose de la cosa, *ex lege*, sin necesidad o al margen de lo que haya sido pactado por las partes (Ley 477)⁶⁷.

A partir de aquí, cabe entender que tampoco en Navarra rige una prohibición general del pacto comisorio. Por el contrario, el sistema de garantías está ampliamente desarrollado permitiendo diferentes mecanismos en los que el impago del préstamo da lugar a la apropiación del bien por el acreedor. Respecto a la fiducia en garantía, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha señalado que dicho instrumento permite, si se hubiere pactado por las partes, que el acreedor, ante la mora del deudor, pueda adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho y, con ello, extinguir la obligación garantizada: «*en definitiva permite el derecho navarro vigente el pacto comisorio*»⁶⁸. Junto a ello, el Tribunal Superior determina que la norma de la Ley 478 (que se ubica sistemáticamente dentro de la regulación de la venta a carta de gracia como instrumento de garantía y prohíbe la rescisión por lesión enorme en el precio o importe del préstamo que queda saldado con el bien o derecho), se aplica también a la fiducia en garantía.

Respecto a la opción de compra como derecho voluntario de adquisición, está regulada en la Ley 461, en el título anterior al de las garantías reales, rubricado como «De los retractos y otros derechos de adquisición preferente», y tampoco el legislador navarro prevé la posibilidad de que este mecanismo de adquisición pueda tener una función de garantía⁶⁹. No obstante lo cual, si la autonomía de la voluntad de las partes concibiera una opción de compra como instrumento de garantía, parece claro que en el Derecho navarro tal negocio jurídico también podría quedar sujeto a la rescisión por lesión enorme, si se produce la vulneración de los derechos de la parte concedente de la opción⁷⁰.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que si el pacto comisorio no está vedado en determinados supuestos en las comunidades autónomas de Cataluña y de Navarra, no es posible sostener que su prohibición sea de orden público en nuestro país, en tanto que el derecho civil de estas comunidades

es respetuoso con los valores constitucionales, y especialmente con el artículo 51, que consagra el principio de protección al consumidor y lo eleva al más alto rango legal⁷¹. En ocasiones —no demasiadas— los tribunales o la jurisprudencia registral han elevado a la condición de norma imperativa de orden público la contenida en el artículo 1859 del Código civil⁷² pero esto es más que discutible, máxime cuando existen mecanismos alternativos para obtener la protección de los valores cuya defensa constituye el fundamento de la tan referenciada prohibición. Por ello, la existencia de la prohibición del comiso para algunas garantías reales y en determinados territorios del Estado español no la convierte automáticamente en un principio de orden público. Nuestro sistema constitucional admite tanto esta solución como la contraria, siempre que se obtenga el objetivo de proteger los legítimos intereses económicos de los consumidores, los sistemas de garantías catalán y navarro constituyen buena prueba de ello. En el siguiente apartado trataré de mostrar una suerte de evolución de la jurisprudencia española hacia un planteamiento menos dogmático y apriorístico de la prohibición del comiso que, aunque no puede afirmarse que esté motivado por la entrada en vigor de la Directiva, sí es, de facto, más acorde con el derecho comunitario de consumo, puesto que tiende a admitir supuestos de ejecución extrajudicial de las garantías, cuando no se produce el enriquecimiento injusto de la parte acreedora en detrimento del prestatario.

2. LA JURISPRUDENCIA ANTE EL PACTO MARCIANO COMO MEDIO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LAS GARANTÍAS

Ya me he referido a la obligación que emana de la Directiva, según la cual los Estados miembros no pueden impedir los acuerdos sobre la transferencia al acreedor, de la garantía o de los ingresos derivados de la venta de la garantía, como medio para reembolsar el crédito. De modo que la doctrina jurisprudencial que rechaza de forma apriorística cualquier pacto que contemple el comiso podría considerarse, desde la promulgación de la Directiva, condicionada por esta obligación de resultar compatible con lo dispuesto en su artículo 28, apartado 4. Más aún cuando se trata de un precepto que no ha sido objeto de una expresa transposición a nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, las Directivas, una vez aprobadas, surten determinados efectos jurídicos en los ordenamientos nacionales al formar parte de los mismos, si bien no con el mismo grado de eficacia que los reglamentos comunitarios. Uno de estos efectos jurídicos es el de producir la interpretación de las normas internas de conformidad con el derecho europeo⁷³. El papel de la jurisprudencia se torna decisivo a estos efectos. Desde el 28 de febrero de

2014 la Directiva entró en vigor, y, por tanto, desde ese momento, también forma parte de nuestro derecho interno (art. 93 CE). Y son los tribunales españoles los encargados de realizar una labor interpretativa de la norma española acorde con la Directiva. Veamos algunas resoluciones para constatar si esto es así.

En primer lugar, es preciso recordar que, históricamente, y a diferencia de la Dirección General de los Registros, el Tribunal Supremo ha mostrado una doctrina vacilante con respecto al pacto comisorio. Así, la Sentencia de 22 de diciembre de 1988 llegó a admitir la licitud de pactos como este, en la consideración de que la prohibición del comiso no era de carácter general⁷⁴. Cuando el comiso aparece en relación con una opción de compra en garantía, el Tribunal Supremo ha declarado en diversas ocasiones la validez de la escritura de compraventa resultante del ejercicio de la opción, aunque el optante/acrededor hubiera compensado su crédito con el precio de la compraventa⁷⁵.

Existen también resoluciones, de fechas recientes, en las que el Tribunal Supremo se muestra mucho más restrictivo, como la de 21 de febrero de 2017, en la que declara la nulidad de un pacto entre fiadores y deudores por el que los primeros podían ejercitar la opción de compra sobre el inmueble hipotecado de los segundos, si estos desatendían el pago de las cuotas del préstamo a la entidad crediticia obligando a aumir su pago a los avalistas⁷⁶. Pero queda claro que el rechazo de este concreto pacto comisorio tiene un fundamento de protección al deudor prestatario, puesto que, según el acuerdo otorgado ante notario entre fiadores y deudores, la disposición de la vivienda en favor de los fiadores operaría automáticamente ante el incumplimiento total o parcial de los deudores, esto es, sin ningún procedimiento objetivable de valoración del bien, y sin ningún mecanismo de restitución o compensación a los deudores por los pagos y gastos ya satisfechos a la prestamista.

En cuanto a la Sentencia de 4 de febrero de 2020⁷⁷, resulta esclarecedor el supuesto fáctico que tuvo que enjuiciar el Tribunal Supremo: «1.-El día 10 de marzo de 2009, D. Sabino y D.^a Olga, como prestatarios, y D. Juan Luis y D. Pedro Antonio, como prestamistas, suscribieron una escritura de préstamo con garantía de hipoteca sobre determinado inmueble, vivienda habitual de los prestatarios, por importe de 51.346,14 euros, que confiesan recibidos en metálico, con un único plazo de amortización que vencía el día 10 de septiembre de 2009. 2. El día 15 de septiembre de 2009, las mismas partes otorgaron una escritura de novación del anterior préstamo hipotecario con un doble objeto: ampliaban el capital del préstamo en 17.176,48 euros y también su plazo de duración, prorrogando la fecha del vencimiento previsto para su amortización en tres meses. Como consecuencia de la ampliación del capital, quedó fijada la cantidad total pendiente de amortizar en 70.920 euros. 3.- El

día 9 de diciembre de 2009 las mismas partes, esto es, los Sres. Sabino y Olga, como vendedores, y los Sres. Juan Luis y Pedro Antonio, como compradores, otorgaron escritura de compraventa de la misma finca hipotecada. El precio de dicha compraventa se fijó en 165.920 euros, especificando la escritura en cuanto a su modo de pago lo siguiente: Dicha cantidad se integra: 1. Por la suma de 70.920 euros, importe actual de la hipoteca que a favor de los aquí compradores grava la finca transmitida, suma esta que es retenida por los compradores para cancelar dicha deuda, ...y el resto, o sea 95.000 euros, confiesa la parte vendedora haberlos recibido a día de hoy».

Los vendedores/deudores hipotecarios demandaron solicitando se declarase nula la venta de su vivienda habitual, porque encubría un pacto comisorio prohibido ya que, al tiempo de la venta, se había pactado verbalmente por las partes, la posibilidad de que se pudiera recuperar la vivienda si se pagaba el préstamo pendiente, más la nueva cantidad recibida en ese momento. Ni el Juzgado ni la Audiencia Provincial estimaron la petición de los demandantes. En cuanto al Tribunal Supremo, después de dedicar el Fundamento de Derecho 2.^º a argumentar por extenso sobre la prohibición del pacto comisorio en el derecho español, y sobre su aplicación a la compraventa con pacto de retroventa simulada en función de garantía, no duda en establecer, en el Fundamento de Derecho 3.^º, que el supuesto de hecho analizado en el caso concreto no esconde una venta con funciones de garantía, a la vista de la prueba recabada en el procedimiento.

A mi juicio, está claro que en este caso los acreedores no quisieron acudir a la ejecución hipotecaria para obtener el resarcimiento de su crédito, sino que se *apropiaron* del bien hipotecado para cobrarse su crédito. Pero también queda acreditado que realizaron nuevo pago a los deudores por el valor de la diferencia entre la primera cantidad prestada y el valor total de la vivienda que se fijó en la escritura como precio de la compraventa. Y el Tribunal Supremo no puede sino rendirse ante la evidencia de que, en este caso, las partes han hecho uso legítimamente de su autonomía negocial, y han encontrado una fórmula para obtener un resultado más satisfactorio y rápido que el que se deriva de la aplicación de las reglas procesales de la ejecución hipotecaria. Este es el motivo de fondo de la disposición comunitaria contenida en el artículo 28.4 de la Directiva, promocionar el pacto entre las partes implicadas para alcanzar soluciones más eficientes que la ejecución hipotecaria. Luego puede entenderse que esta resolución del Tribunal Supremo está cumpliendo el mandato de interpretar la norma española de forma acorde con la Directiva.

Así, la cuestión de fondo no es la prohibición taxativa del pacto comisorio, así como de cualquier forma privada de ejecución de la garantía, sino la vigilancia respecto a las condiciones en que tales negocios se llevan a cabo, siendo obligación del tribunal evitar los posibles abusos del acre-

dor, cuando los haya. En este contexto, el pacto marciano como medio de ejecución extrajudicial de las garantías reales sería válido también en el sistema español siempre que, a) se asegure una valoración independiente, objetiva y equitativa del bien objeto de la garantía y b) se establezca la obligación de devolver al prestatario, en su caso, el exceso del valor de la cosa (o de su precio) con respecto a la deuda pendiente. La concurrencia de tales condiciones evitaría, por un lado, un enriquecimiento injustificado del *acciépens* que recibe el inmueble o su precio y, por otro, el perjuicio de los restantes acreedores del deudor, ya que el deudor obtendría el remanente de valor del bien, una vez liquidado el préstamo y mantendría el resto de su patrimonio intacto, ciñéndose la ejecución extrajudicial de la garantía al bien sobre el que esta recae⁷⁸. También puede analizarse desde el prisma de la doctrina de la causa: este pacto marciano no produce desequilibrio en las prestaciones de las partes, por cuanto el acreedor adquiere el bien, no solo con base en la *causa solvendi* del contrato de financiación, sino también en una verdadera *causa tradendi*, se hace titular del bien porque abona su precio, determinado conforme a una valoración objetiva.

Pueden encontrarse algunas sentencias en las que se admiten distintos supuestos de pactos marcianos, a modo de excepciones válidas a la prohibición del pacto comisorio, casi siempre en relación con las garantías financieras. Así, en ocasiones el Tribunal Supremo ha admitido la validez de la ejecución de la prenda sobre imposiciones bancarias a plazo (depósitos a plazo) sin que rija en estos casos la prohibición de pacto comisorio. El motivo que alega el Tribunal es que se trata de un valor dinerario objetivo⁷⁹. A este respecto, no debe olvidarse que el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública llevó a cabo la transposición de la Directiva 2002/47/UE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, y lleva tiempo aplicándose por nuestros tribunales⁸⁰. No es una reforma legal en absoluto intrascendente, puesto que regula la ejecución extrajudicial de las garantías financieras, permitiendo al acreedor que se apropie, venda o arriende el objeto de la garantía, de forma comercialmente razonable, cuando así lo haya pactado con el deudor y siempre que la garantía recaiga sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito. De modo que el legislador español, cumpliendo el mandato del europeo, regula y propicia el recurso a la ejecución extrajudicial de algunas garantías mediante pactos marcianos, cuando la garantía recae sobre determinados bienes. La pregunta que surge inmediata es por qué no ha hecho lo mismo al tiempo de proceder a la transposición de la Directiva 2014, referida al crédito inmobiliario, ¿es que no es posible obtener un valor objetivo e imparcial de los bienes inmuebles dados en garantía? Es evidente que sí, de hecho, tanto la Ley 461 CDCFN como el artículo 568-6 b) CCCat contem-

plan la necesidad de establecer una serie de criterios o un procedimiento de determinación de la contraprestación a pagar al tiempo de ejercer la opción y adquirir el bien, presuponiendo con ello que el valor del bien puede verse alterado en el tiempo que transcurra entre la constitución de la opción y su ejercicio, y que es necesario que las partes acuerden un sistema objetivo de determinación del precio de la opción.

Así pues, y perdida la oportunidad por el legislador de transponer el artículo 28.4 de la Directiva en la LCCI, la obligación de los tribunales de lograr el respeto a esta norma comunitaria en el sistema español de garantías inmobiliarias se torna aún más exigente.

Debe mencionarse también en este apartado la jurisprudencia registral que, como es bien conocido, es la que más tajantemente se opone a la posibilidad de admitir, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, el pacto comisorio, y deniega sistemáticamente el acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras notariales en las que se constituye una opción de compra o una compraventa, con fines de garantía⁸¹. Pero la razón de ser es siempre la misma, el temor a que la apropiación del bien por parte del acreedor perjudique al deudor, básicamente porque en la mayoría de los supuestos el precio de la apropiación se determina en el momento de concederse el crédito, de manera que, como el incumplimiento se produce después y el valor del bien inmueble puede variar, existe un claro riesgo de enriquecimiento injusto del acreedor.

Sin embargo, en algunas ocasiones, la DGRN ha defendido un criterio menos restrictivo, básicamente sobre la base de la competencia judicial para entrar en el enjuiciamiento de las cláusulas contractuales que podrían vulnerar la prohibición legal del acuerdo comisorio. Así, en la Resolución de 8 de abril de 1991⁸², la Dirección General se encuentra con el siguiente supuesto de hecho: *En escritura pública otorgada ante don Vicente P.Ll., Notario de Barcelona, doña Ana R.M. concedió a los cónyuges don Manuel F.C. y doña Teresa D. un derecho de opción de compra sobre una finca urbana de su propiedad, sita en la calle..., de Barcelona. En el pacto C de la referida escritura se estableció: «El precio alzado convenido por ambas partes para la compra de la finca relacionada en caso de ejercitarse la opción, se fija en la suma de un millón doscientas cincuenta mil pesetas; que deberá satisfacer la señora R.M. al otorgarse la correspondiente escritura de compraventa. El precio convenido de un millón doscientas cincuenta mil pesetas, se estipula a base de que la finca relacionada esté libre de cargas y gravámenes, puesto que en el supuesto de existir alguna hipoteca afectando a la finca o cualquier otro gravamen, su importe sería descontado del total precio pactado y retenido por la compradora para pagar en su día y cancelar las referidas cargas. Asimismo, convienen los otorgantes que la optante podrá satisfacer en todo o en parte el precio de adquisición, por vía de compensación de los créditos*

que en el momento de ejercitar la opción ostente contra los cedentes señores F.-D». Ante la posibilidad de entender que se ha configurado una especie de garantía atípica, y que entraría dentro de la sanción legal de nulidad por contener un pacto comisorio que se deduce de la previsión de poder compensar el precio de la opción con las deudas que, en el momento de ejercerla, tuvieran los concedentes a favor de la parte optante, la Dirección entiende que puede considerarse que se trata de un contrato típico de opción en el que se prevé la compensación como una de las posibles formas de realización del pago, caso de su ejecución por el optante. Para entender que se ha configurado un negocio fraudulento se exigiría la justificación en el procedimiento judicial adecuado. Así, reconoce el órgano resolutorio que son los tribunales quienes tienen competencia para determinar, en su caso, si el negocio jurídico es fraudulento o contrario a una norma imperativa y ordena la inscripción de la escritura de opción de compra, aunque sin incluir el pacto de compensación, por entender que carece de trascendencia registral. La Resolución de 23 de julio de 2005⁸³ reitera la idea del respeto escrupuloso de la calificación que realicen los tribunales sobre el negocio objeto de inscripción: «*Este Centro Directivo en modo alguno puede compartir la postura del Registrador, puesta de manifiesto en su nota de calificación, cuando realiza una subjetiva interpretación de las relaciones jurídicas que ligaban a las partes sin tener en cuenta los pronunciamientos judiciales que sobre tal cuestión han recaído. Indudable es que, en el caso que nos ocupa, la función calificadora del Registrador puede —y debe— desplegar sus efectos, tal y como se pone de relieve en el fundamento de derecho anterior, respecto de los obstáculos que puedan surgir del Registro (sin olvidar los restantes extremos que enumera el artículo 100 del Reglamento Hipotecario); pero no lo es menos que lo que sí que le está completamente vedado a aquel es entrar a examinar el fondo de las resoluciones judiciales, pues ello sería tanto como habilitarle para entrar a revisar “la justicia intrínseca del fallo”»⁸⁴.*

Por último, debe destacarse la relevante Resolución de 26 de diciembre de 2018⁸⁵ que, aunque afecta a una garantía mobiliaria (una hipoteca naval concertada sobre el *Madrid Spirit*, petrolero con bandera española matriculado en Santa Cruz de Tenerife) emplea los argumentos que se han venido esgrimiendo hasta aquí para declarar la validez de un pacto marciano en virtud del cual se facultó a uno de los acreedores hipotecarios, en caso de incumplimiento del préstamo garantizado por la hipoteca, a adjudicarse el buque o a venderlo a terceros, por un precio mínimo a determinar mediante dos tasaciones de expertos independientes. El Registro de Bienes Muebles de Tenerife denegó la inscripción de dicha cláusula, y la Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido su validez, con sujeción a determinados requisitos que no se cumplían en el caso examinado. Se trata de la primera ocasión en la que se reconoce con claridad por la Dirección General

la admisibilidad del pacto marciano, es decir, la estipulación contenida en el contrato de constitución de la garantía en virtud de la cual se autoriza al acreedor a apropiarse del bien garantizado o a venderlo a terceros, sin intervención judicial ni notarial, siempre que lo haga por un valor objetivamente determinado. La validez e inscribibilidad del pacto marciano se sujeta, así, a los siguientes requisitos a) que se establezca un sistema objetivo de valoración, como el de tasación por expertos independientes, mediante el cual se determine el valor real o razonable del bien, y la adjudicación al acreedor o venta a terceros se efectúe como mínimo por ese valor, y b) que en caso de que dicho valor sea superior al importe del crédito garantizado, el acreedor consigne judicial o notarialmente la diferencia, de modo que quede a disposición de los acreedores de menor rango o, en su defecto, del deudor.

Pese a que la resolución indicada se refiere a una hipoteca naval, no hay motivo para no aplicar su criterio a las demás garantías reales. Una buena garantía es un instrumento económico de primer orden porque procura la máxima probabilidad de pago, y su constitución y realización es sencilla y económica⁸⁶. Teniendo en cuenta el coste económico y de tiempo de los procedimientos judiciales de ejecución de las garantías reales, la admisibilidad de la adjudicación o venta sin intervención judicial ni notarial, con las debidas precauciones expuestas por la propia Dirección General, solo añadiría valor y eficiencia al mercado crediticio.

IV. LA OPCIÓN DE COMPRA DE NATURALEZA REAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA

En este apartado trataré la figura de la opción de compra y sus elementos definitorios cuando se constituye con fines de garantía, partiendo de que el legislador civil estatal no ha abordado ni una cosa ni la otra. En efecto, a salvo el derecho civil de Navarra y el de Cataluña, en el resto del Estado la única regulación existente sobre la figura de la opción de compra es la contenida en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario⁸⁷, evidentemente de muy escaso alcance, por lo que la necesidad de acometer la tarea de su regulación es constatada unánimemente por la doctrina⁸⁸. La Asociación de Profesores de Derecho civil ha formulado una propuesta de regulación de los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria, entre ellos la opción de compra, que resulta de gran utilidad para contrastarla con el derecho autonómico y plantear, en su caso, alguna sugerencia de regulación, especialmente cuando la opción de compra se constituye por las partes con fines de garantía.

Dos son las premisas básicas de las que hay que partir, la primera que el derecho de opción de compra, que atribuye a su titular la facultad de

decidir acerca de la eficacia de una compraventa⁸⁹, puede serlo de naturaleza personal y de naturaleza real. Y la segunda que, siendo la esencia principal del derecho de opción de compra la finalidad adquisitiva de un bien, puede, en ocasiones, constituirse como garantía del pago de una deuda, si las partes así lo determinan en ejercicio de su autonomía negocial.

1. OPCIÓN DE COMPRA PERSONAL Y OPCIÓN DE COMPRA REAL

La opción de compra es un derecho de adquisición de bienes que puede gozar de naturaleza real o personal, la Asociación de Profesores plantea esta dualidad en su propuesta de regulación cuando, en sede de derechos reales de adquisición, exige que en el título constitutivo las partes expresen su voluntad de configurar el derecho como real, si quieren que tenga esta naturaleza⁹⁰. Y en los mismos términos es derecho vigente en Navarra⁹¹. En cuanto al derecho civil catalán, está dualidad se deduce de la propia regulación del derecho real, especialmente el artículo 568-2.2 CCCat⁹².

No hay duda sobre este particular entre la doctrina, que entiende que los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario para que pueda acceder al Registro de la Propiedad, se refieren únicamente a la opción de compra de naturaleza personal⁹³.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque en un planteamiento inicial negaba que los derechos de adquisición voluntariamente constituidos pudieran tener carácter real⁹⁴, desde la Resolución de 20 de septiembre de 1966⁹⁵ y hasta la actualidad⁹⁶ viene declarando la naturaleza real de los derechos de adquisición de origen voluntario, por lo tanto, también de la opción de compra constituida mediante pacto, siempre que se cumplan los requisitos exigibles a cualquier derecho real.

La opción de compra de naturaleza personal es una modalidad de pre-contrato en la que la facultad de poner en vigor el contrato (la compraventa) no es bilateral sino unilateral, es decir, se concede a una sola de las partes (al optante). Produce efectos entre las partes, y su ejercicio determina la perfección del contrato que le sirve de base. Es decir, hace nacer la obligación del concedente de transmitir la propiedad del bien, pero no produce por sí sola la transmisión de la misma, sino que requiere la *traditio*. Como ya se ha indicado, la opción de compra personal se puede inscribir en el Registro de la Propiedad si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 14 RH, lo cual no lo convierte en un derecho real aunque sí le proporciona ciertos efectos derivados de la fe pública registral, básicamente la publicidad y oponibilidad frente a terceros, de manera que podría ser ejercida por el optante contra el tercer adquirente del bien. Pero ello no es suficiente si se pretende emplear este negocio como instrumento de garantía, dado que no

produce la vinculación del bien a la satisfacción del crédito que garantiza, no constituye una carga o gravamen sobre el bien y, en este sentido, no protege suficientemente los intereses de la parte acreedora.

La opción de compra puede tener naturaleza real, y entonces sí que goza de todas las características de los derechos reales limitados, y resulta efectiva para sujetar el bien dado en garantía al cumplimiento de la obligación dineraria. En este sentido, y aunque la normativa europea no puede imponer a los Estados una regulación concreta en materia de derechos reales (por ser los Estados miembros de la Unión soberanos para legislar sobre ello), entiendo que sería conveniente que el legislador nacional regulara la opción de compra de naturaleza real con fines de garantía. Tanto el derecho navarro como el catalán prevén la inscribibilidad de la opción real en el Registro cuando recae sobre bienes inmuebles⁹⁷. Así, de la misma manera que el resto de los derechos reales, la opción de compra de naturaleza real tiene entrada en el Registro de la Propiedad a través a los artículos 1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria⁹⁸.

A partir de aquí, la doctrina se ha planteado si el ejercicio de la opción de compra de naturaleza real tiene una eficacia adquisitiva inmediata, o si precisa de la *traditio* para que se produzca la transmisión de la propiedad del bien en favor del optante. La propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores, si bien regula la opción calificándola como de naturaleza real, establece que su ejercicio determina simplemente «*la perfección del contrato con finalidad traslativa del dominio*»⁹⁹. Sin embargo, con respecto a la opción de compra de naturaleza real regulada en el Derecho civil de Cataluña, se entiende que, además de su oponibilidad a terceros, la naturaleza real de la opción determina la eficacia adquisitiva inmediata derivada de su ejercicio. Así, mientras el ejercicio de la opción personal da lugar simplemente a la perfección del contrato traslativo del dominio y a la consiguiente exigibilidad de las prestaciones derivadas del mismo, el ejercicio de la opción real supone la adquisición del bien. El título constitutivo de la opción real es un contrato pero esta, una vez constituida, adquiere entidad propia como derecho real, verdadero título adquisitivo autónomo que no requiere, porque no lo exige expresamente el artículo 568 del Código civil catalán, de la *traditio* para la adquisición del dominio¹⁰⁰. No hay duda de que esta segunda versión del derecho real de opción de compra es la que más se ajusta a la función de garantía, porque asegura la efectividad de la misma en el caso de que el deudor concedente incurriera en incumplimiento de su obligación de pago.

En definitiva, la opción de compra tiene una función adquisitiva de los bienes sobre los que recae y, por esta razón, cuando se constituye con naturaleza real puede desarrollar perfectamente las funciones de garantía, y dotar de seguridad al contrato de financiación inmobiliaria al que aparece vinculado. No puede decirse lo mismo si la opción se mantiene en el plano

puramente obligacional. En el siguiente apartado me detendré en las características típicas de los derechos de garantía para constatar su presencia en la figura de la opción de compra de naturaleza real.

2. OPCIÓN DE COMPRA REAL CON FUNCIONES DE GARANTÍA

Procede ahora poner en relación esta opción de compra de naturaleza real con las características típicas de los derechos de garantía, a saber, su condición de derechos reales limitados sobre cosa ajena y su carácter accesorio respecto de una obligación principal. Los derechos reales de garantía sujetan un bien, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir la realización de su valor para hacer efectiva la obligación dineraria. Además, en principio, son indivisibles, recayendo sobre todo el bien incluso cuando se va reduciendo la obligación garantizada.

La opción de compra que acompaña a un crédito inmobiliario realizando funciones de garantía es un derecho real limitado que recae sobre el inmueble titularidad del concedente, y su razón de ser es precisamente la existencia de una obligación dineraria (o valorable económico) ¹⁰¹. El bien sobre el que recae la opción ha de ser identificable, enajenable y, como ocurre en el caso de la garantía hipotecaria, permanece en posesión de su propietario ¹⁰². En lo que respecta al atributo de la indivisibilidad, —que implica por ejemplo en el caso de la hipoteca ¹⁰³ que la garantía persiste de forma íntegra sobre todo el bien aunque se haya cumplido en parte la obligación— no debe olvidarse, tal y como ha señalado la doctrina, que la extensión objetiva del derecho real es un problema de interpretación del negocio jurídico creador del mismo, ya que es la declaración de voluntad de las partes la fuente principal de la reglamentación de este punto ¹⁰⁴. Exactamente igual que ocurre con la opción de compra en garantía, en la que habrá que estar a lo dispuesto en el contrato de constitución de la misma.

La garantía real recae directamente sobre el bien que está gravado con ella, está adherida al bien, es inseparable de este. Por ello no es relevante quién sea el titular del bien, no es necesaria la concurrencia de la misma persona en la figura de deudor y de propietario del bien gravado. La opción real con función de garantía funciona de forma similar, en el momento de su ejercicio se acude directamente al bien, máxime si se ha pactado el ejercicio unilateral por el optante ¹⁰⁵, con independencia de quien sea su titular.

En consecuencia, son predicables de la opción de compra real con funciones de garantía todas las características propias de los derechos reales de garantía, especialmente de la hipoteca inmobiliaria, siendo la principal y más significativa diferencia la forma de su ejercicio. La ejecución de la hipoteca supone la realización del bien para obtener el valor que servirá para

satisfacer la deuda, mientras que la opción en garantía supone el ejercicio del derecho a adquirir el bien, en las condiciones pactadas por las partes. Así pues, la opción de compra —de la misma forma que la venta a carta de gracia—, lleva implícito un pacto comisorio, que debería poder catalogarse en el caso concreto como un pacto marciano, para ser admitido por la jurisprudencia de conformidad con el mandato del legislador europeo.

Desde la Directiva 2014 y después, desde la entrada en vigor de la LCCI, el derecho real de hipoteca ha dejado de girar en torno a la ejecución y ahora pivota también alrededor de la fase precontractual: se prioriza la simetría de las posiciones de las partes contractuales mediante las obligaciones de información al deudor/consumidor. Así, en función del comportamiento del acreedor en el momento de la constitución de la garantía hipotecaria, básicamente en la medida en que observe las normas imperativas de transparencia, podrá después accionar para reclamar la devolución del crédito y la ejecución de la hipoteca¹⁰⁶. Pues bien, de la misma manera, cabe entender que el contrato de constitución de una opción de compra real sobre un bien inmueble con funciones de garantía deberá configurarse bajo estos parámetros de transparencia establecidos en la Directiva 2014 y en la norma de transposición al derecho español. Asimismo, quedará sujeta al resto de previsiones de la Directiva, incluido el artículo 28.4.^º y, en este sentido, constituye una alternativa útil y eficiente en el sector de las actividades de financiación inmobiliaria.

3. OPCIÓN DE COMPRA REAL CON FUNCIONES DE GARANTÍA DE ORIGEN CONVENCIONAL

A) *El contrato de crédito inmobiliario con opción de compra*

Como ya ha quedado expuesto, la opción de compra real que sirve para garantizar un crédito inmobiliario es un derecho de constitución voluntaria, nace de la autonomía de la voluntad y se articula como una alternativa a otras garantías en el tráfico jurídico. Las partes diseñan en cada caso un traje a medida en función de cuáles sean los intereses en juego, pero siempre a través de la confluencia de dos negocios jurídicos vinculados, el primero de préstamo, o de reconocimiento de una deuda en relación con la adquisición o conservación de un inmueble, o de constitución o reconocimiento de un aval o fianza inmobiliaria, etc., y el segundo de opción de compra¹⁰⁷.

La opción de compra, así, constituye un negocio jurídico en el que la limitación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor puede articularse fácilmente *ab initio*, mediante acuerdo entre las partes cuando el bien que constituye la garantía tiene un valor suficiente, y sin que ello

implique, necesariamente, un desequilibrio en la posición contractual de ninguna de ellas.

En los siguientes apartados desglosaré el contenido del título constitutivo de la opción de compra en garantía manejando paralelamente un doble plano:

a) por una parte, los pactos posibles que pueden integrar el contrato de constitución de la opción, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, para hacer efectiva la finalidad de garantía del derecho de adquisición y,

b) por otra, las cuestiones que, a mi juicio, deberían formar parte de un posible régimen jurídico legal de la opción de compra en garantía en el derecho civil estatal, un régimen eminentemente dispositivo que complete la regulación privada del negocio en defecto de pacto, y que proporcione seguridad jurídica al garantizar que, en todo caso, las condiciones del ejercicio de la opción no producirán una asimetría de la posición de la parte concedente, ni tampoco de la optante.

B) El contenido mínimo del título constitutivo de la opción de compra en garantía

En la tesitura de constituir una opción de compra de naturaleza real que acompaña a un crédito inmobiliario se ha de comenzar por los requisitos básicos exigibles en toda garantía inmobiliaria sobre inmuebles, a saber, la identificación de las partes, (quién es el titular del derecho u optante, y quién el concedente del mismo), y la descripción detallada del objeto sobre el que recae la opción de compra en garantía. En efecto, como ya se ha señalado, el objeto de la opción de compra será uno o varios bienes inmuebles determinados e identificables y, por este motivo, la opción se otorgará en escritura pública y será inscrita en el Registro de la Propiedad¹⁰⁸.

Junto a ello, y considerando las peculiares características de la opción de compra, es útil la regulación catalana en cuanto define el contenido mínimo del título voluntario de constitución de los derechos de adquisición para asegurar su viabilidad. Así, determina el artículo 568-6 que deberá aparecer en el título de constitución:

a) El plazo de duración del derecho, (estableciendo un plazo, en defecto de pacto, de 4 años), y el plazo de su ejercicio, si procede.

b) La contraprestación para adquirir el bien o los criterios para fijarla y, si procede, el pacto de ejercicio unilateral de la facultad de optar. Se prevé asimismo la contraprestación no dineraria.

c) Si el derecho de opción se constituye a título oneroso, la prima pactada para constituirlo y la forma en que se ha satisfecho.

- d) El domicilio de los concedentes de la opción a los efectos de las notificaciones preceptivas.
- e) La forma de acreditar el pago del precio o la contraprestación, si se ha pactado el ejercicio unilateral de la opción (pacto que, por tanto, no forma parte del contenido mínimo del título constitutivo de la opción).

La regulación navarra es mucho más escueta en este aspecto, y la Propuesta de la Asociación de Profesores propone regular un contenido mínimo de los derechos de adquisición de origen convencional que conjuga todos los requisitos mencionados en estas líneas con la declaración de la voluntad de las partes de que el derecho constituido tenga naturaleza real¹⁰⁹. A mi juicio, esta decisión es la más adecuada para el correcto funcionamiento del mecanismo de la opción de compra como derecho de garantía.

En los apartados siguientes me detendré en algunos de estos aspectos del contenido mínimo del título constitutivo de la opción de compra, mencionando expresamente cuándo considero conveniente regular alguna cuestión específica para los casos en los que la opción se constituya con fines de garantía.

C) Determinación de la facultad del acreedor de ejercitarse unilateralmente la opción de compra

El ejercicio unilateral de la opción de compra por parte del optante/acreedor es una facultad que reforzaría enormemente su potencialidad como derecho de garantía y, al mismo tiempo, constituye una consecuencia de la naturaleza real del mismo. Ya he mencionado la necesidad de que el contrato contenga la declaración expresa de las partes de configurar la opción de compra en garantía como un derecho de naturaleza real e, indisolublemente unida a esta declaración de voluntad, deberá establecerse el pacto sobre el ejercicio unilateral de la opción.

Se trata de que el derecho real de opción, en tanto que verdadero título adquisitivo autónomo, produzca la transmisión de la propiedad del bien en favor del optante sin necesidad de contar con el concurso de la parte concedente, una vez observados todos los requisitos necesarios para el ejercicio de la opción.

En Navarra, la Ley 461 CDCFN limita la posibilidad de ejercitarse la opción de forma unilateral a los supuestos en los que el optante se encuentra en posesión de la cosa y consigna notarialmente el precio, lo cual deja fuera los casos en los que la opción se concede por el deudor de un préstamo inmobiliario, puesto que el deudor suele conservar la posesión del bien sobre el que recae la garantía. En cambio, en el derecho catalán la posibilidad de

ejercer la opción de compra unilateralmente se admite en todo caso, puesto que la posesión se puede adquirir instrumentalmente mediante la formalización del ejercicio de la opción. Además, el título constitutivo determinará necesariamente la forma de acreditar el pago del precio del bien¹¹⁰. En cuanto a la propuesta de regulación de la Asociación de Profesores, lo que se regula es que el optante —si las partes así lo acuerdan— podrá quedar facultado para otorgar unilateralmente la escritura de compraventa del bien, una vez acreditada la notificación al deudor y la consignación del precio¹¹¹. En resumen, que la escritura pública posterior que otorgue unilateralmente el optante (ya sea en el caso del derecho catalán la notificación fehaciente al deudor del ejercicio de la opción, ya sea en la propuesta de la Asociación el contrato de compraventa) producirá la *traditio* instrumental y la propiedad podrá inscribirse en el Registro en favor del optante.

Es evidente que tal forma de ejercicio supone una importante facilitación de la apropiación del bien para el optante, por ello deberían ser las partes las que lo acuerden. Propongo introducir en la regulación legal una presunción de que las partes han acordado el ejercicio unilateral de la opción de compra, salvo que pacten expresamente en contrario, en los casos en los que dicha opción se otorgue como instrumento de garantía.

D) Determinación del precio de la opción de compra

Respecto al precio de adquisición del bien en la opción de compra en garantía, es importante que los acuerdos de las partes aseguren que, en caso de enajenación del bien que constituye la garantía, el precio se determine por criterios objetivos y que se obtenga la valoración más alta posible. Este es un elemento esencial para garantizar el otorgamiento de un pacto marciano en relación con la ejecución de la garantía. El sometimiento de la opción a las reglas de la Directiva 2014 así lo exige¹¹². En este sentido, el Considerando 26 es absolutamente aplicable a la opción de compra en garantía, aunque en su redacción el legislador europeo parece estar pensando, únicamente, en la ejecución hipotecaria. En efecto, este Considerando contiene una llamada apremiante a los Estados miembros para que garanticen normas fiables de tasación de los inmuebles¹¹³, y para que, alienten a los prestamistas «*a tomar medidas razonables para obtener el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria en el contexto de las condiciones del mercado*».

Este planteamiento parte de entender que el precio de los inmuebles puede variar en el lapso de tiempo que transcurre entre la constitución de la garantía y su ejercicio, y que, por esta causa, no es aconsejable determinar un precio cierto e inamovible en el momento de constituir la opción de

compra en garantía. Ahora bien, lo procedente será que el valor real del inmueble en el momento de concertar el crédito inmobiliario con opción de compra en garantía, sea suficiente para cubrir la financiación que se está solicitando. Otra cosa haría desaconsejable el acuerdo y sería lógicamente rechazado por la parte acreedora. Pero, en cualquier caso, se trataría de un valor actualizable, no de un precio inamovible *ab initio*.

El Derecho navarro contempla esta variabilidad del precio cuando, en la Ley 461 CDCFN, señala que la opción de compra deberá ejercitarse por el precio fijado o el que resulte según el procedimiento establecido para su determinación, además, en su versión anterior a la reforma de 2019 se refería a la posible previsión de unas cláusulas de estabilización del precio. También establecen la necesidad de determinar unos criterios objetivos para la fijación futura del precio del bien, el artículo 568-6.b) del Código catalán, y el artículo 3113-8.a) de la propuesta de Asociación de Profesores.

Por tanto, lo relevante en el pacto sobre el precio de la futura enajenación es la determinación del procedimiento para su fijación, procedimiento que debe ser objetivo, regido por criterios ajenos a los intereses de las partes y que, a su vez, tendrá que emplearse en el momento en que el optante, titular del derecho, esté en condiciones de ejercerlo, y decida hacerlo. Así, puede ocurrir que el precio de compra del bien que haya de pagar el optante sea igual o no, al importe del préstamo concedido o a la cantidad que resulte pendiente de pago en el momento en que se ejercite la opción, o a la cantidad adelantada por el avalista solidario. Por ello, pueden ser necesarios otra serie de acuerdos en el contrato. En primer lugar, el acuerdo de compensación del precio del bien con las deudas no satisfechas por el concedente (sobre el que luego volveré) y, junto a ello, la consignación por parte del optante de las cantidades que excedan de lo adeudado por el concedente, cuando el inmueble vale más que el montante que supone el principal de la deuda más los intereses y los gastos. Téngase en cuenta que lo habitual es que el deudor haya amortizado una parte del préstamo antes de incurrir en impago y producirse el vencimiento anticipado del crédito. En segundo lugar, para los casos en que la valoración objetiva del bien arroje una cifra inferior a la cantidad pendiente, porque los inmuebles se hayan devaluado en el mercado, deberá pactarse que esta valoración objetiva del inmueble será la determinante a los efectos de la fijación de la cantidad no amortizada con el ejercicio de la opción, en tanto que el valor de la garantía no alcanza para cubrir toda la deuda.

Convendría introducir una norma sobre esta peculiaridad del precio no determinado pero si determinable en la opción de compra en garantía, así como de sus consecuencias, para proporcionar seguridad jurídica, y para que la eficacia de esta figura no se fíe únicamente a la habilidad y buena fe de las partes en el ejercicio de su autonomía negocial. Una norma impe-

rativa que salvaguarde los intereses del deudor y le asegure que el bien se transmitirá por el mejor precio posible en el momento en que tenga lugar la enajenación, y que este valor objetivo determinará la suerte del crédito garantizado con la opción de compra.

E) Determinación del plazo de duración del derecho de opción de compra

El plazo de duración de la opción resulta especialmente vinculado a sus fines de garantía, por cuanto este derecho real aparece coligado a un contrato de crédito, que a su vez tiene su propio plazo de vigencia. Esta realidad limita, de facto, la autonomía de las partes a la hora de determinar este elemento esencial del título constitutivo de la opción de compra.

En primer término la duración de la opción la fijan las partes, en Navarra y Cataluña con el límite máximo legal de 10 años y la posibilidad de prorrogarla, lo mismo que se prevé en la propuesta de la Asociación de Profesores, que además considera el plazo decenal como aplicable en defecto de pacto¹¹⁴.

A partir de aquí, tanto las normas autonómicas como la propuesta de la Asociación de Profesores apuntan la posibilidad de que el derecho de opción de compra se constituya como anejo a otro contrato o derecho inscribible en el Registro de la Propiedad y, por tanto, a pesar del principio general de libertad de pacto con un plazo máximo, la opción constituida de esa manera tendría que prolongarse tanto como el otro contrato o derecho al que aparece ligado. El derecho civil catalán es menos claro en cuanto a la redacción del supuesto, que parece ceñirse a los casos en los que la opción es una estipulación, una cláusula contenida dentro de otro contrato, por su parte, el derecho navarro se refiere solo a la conexión entre la opción y otros derechos *reales* (a pesar de que el arrendamiento no es un derecho real, por mucho que pueda acceder al Registro) e impide que la opción pueda prolongarse lo que duren las prórrogas que afecten al derecho al que resulta vinculado¹¹⁵. Y el precepto propuesto por la Asociación de Profesores de Derecho civil se refiere a la opción de compra que se «constituye como anejo a un arrendamiento, superficie, hipoteca u otro derecho inscribible en el Registro de la Propiedad», permitiendo que su duración pueda alcanzar, sin excederla, la totalidad de la de estos derechos y la de sus prórrogas.

A mí modo de ver, la regulación legal de la opción de compra debe prever que cuando sea constituida con fines de garantía, la opción tendrá necesariamente la misma duración que el préstamo inmobiliario al que va ligado. Y no solo eso, sino que deberá establecerse que, en tanto que derecho real de garantía, resultará afectado por la suerte del contrato de

préstamo del que es accesorio, es decir, por la posibilidad de que concurran las circunstancias para que se produzca el vencimiento anticipado. Así, deberá constar en el título constitutivo ya no solo de qué plazo dispone el optante para ejercitarse su derecho, sino también cómo podrá hacerlo y qué relación guarda este ejercicio con el vencimiento (anticipado o no) del crédito inmobiliario.

En este punto es necesario resolver una cuestión esencial, a saber. ¿Ha de entenderse que el derecho de opción de compra en garantía se encuentra, en todo caso, sujeto a una condición suspensiva, sin la concurrencia de la cual tal derecho no existe? Me refiero a la condición consistente en que el deudor incurra en incumplimiento esencial del contrato de crédito¹¹⁶.

A mi juicio, esta cuestión debe quedar al arbitrio de la autonomía negocial de las partes en cada caso. Así pues, el derecho de opción podría constituirse como sujeto a la condición suspensiva consistente en el incumplimiento por el deudor de su obligación pecuniaria, total o parcialmente, y al desenvolvimiento de los mecanismos que autorizan al acreedor a declarar vencida la deuda anticipadamente. De manera que sin incumplimiento del contrato de crédito inmobiliario, no nacería el derecho de opción de compra¹¹⁷. Pero nada impide que las partes establezcan un derecho de opción de compra no condicionado, ligado al préstamo inmobiliario por el mismo plazo de duración y porque resultará afectado si concurren las circunstancias que autorizan al acreedor a declarar el vencimiento anticipado de la deuda, pero no condicionado. De manera que lo único que puede cambiar es la forma en que ha de procederse al pago del precio del inmueble: si al tiempo en que el optante puede y decide ejercitarse su derecho de opción de compra el concedente hubiera incurrido en impago parcial o total del préstamo, entonces el optante podrá pagar todo o una parte del precio mediante la compensación de las cantidades adeudadas por el concedente. En cambio si el deudor/concedente está al corriente de pago del préstamo, entonces el optante deberá consignar la totalidad del precio del bien. De esta manera, el comportamiento del concedente no condiciona realmente el derecho de opción de compra del optante que sigue siendo el único que decide si hay compraventa o no, solo afecta a la forma de pago del precio del inmueble si el acreedor decide ejercitarse la opción.

F) Determinación de las obligaciones del concedente durante la pendencia de la opción

Es muy relevante para el optante establecer los mecanismos necesarios para que, si decidiera ejercitarse su derecho real de opción, pueda recibir el bien inmueble en el mismo estado —aunque su valoración económica

pueda variar—, en el que se encontraba al constituir el derecho. En este sentido, cabe que las partes pacten sobre la obligación del concedente, por una parte, de la conservación material del inmueble en buen estado y, por otra, de mantener el bien en su propiedad y libre de cargas y gravámenes posteriores a la constitución del derecho de opción de compra en garantía. Se trata, por tanto, de pactos privados que solo los contratantes pueden acordar, pero que resultan de gran trascendencia para la operatividad de la garantía, si se produce finalmente la transferencia del bien a manos del acreedor.

Comenzando por las obligaciones de conservación del bien, aunque lo habitual en la práctica es que las partes lo acuerden en la escritura de constitución de la opción, el derecho civil catalán y la Propuesta de la Asociación de Profesores contemplan bastante al detalle esta cuestión¹¹⁸. Para comprobar el estado de conservación del inmueble, se confiere al titular del derecho de opción la facultad de inspeccionar el bien, facultad que le permite denunciar al juez cualquier deterioro que observe en el bien, así como solicitar que se tomen las medidas oportunas al respecto. Los gastos necesarios de conservación corren a cargo del propietario, al ser inherentes a la obligación de mantenimiento del bien, y constituir la contrapartida a sus facultades de goce y disfrute. El concepto de conservación incluye las reparaciones ordinarias, es decir, las derivadas del simple transcurso del tiempo o del uso normal del bien. En cambio, las reparaciones de carácter extraordinario el propietario no está obligado a realizarlas, en tanto que exceden del concepto de conservación, por ello si las realiza podrá exigir el reembolso de su importe al optante¹¹⁹. Así, aunque a mi juicio no es preciso regularlo, sí es conveniente que en la escritura de constitución de la opción de compra en garantía se establezca la rendición de cuentas entre las partes al tiempo del ejercicio del derecho y traspaso de la posesión del bien, determinando en qué casos deberá abonar el optante los gastos extraordinarios en que haya incurrido el concedente, y en qué casos será este quien deba indemnizar por el deterioro del bien acaecido con posterioridad a la constitución del derecho de opción y antes de su ejercicio.

En cuanto a la indemnidad jurídica del bien dado en garantía, ha de tenerse en cuenta que, una vez constituida la opción de compra y durante todo el periodo de su vigencia —que puede prolongarse bastante, tanto como el préstamo inmobiliario al que acompaña—, el concedente mantiene la titularidad jurídica del bien dado en garantía. Podría disponer del mismo, o gravarlo. Esto en principio no es óbice, a diferencia de lo que ocurre en la opción de naturaleza personal no inscrita en el Registro, para que el derecho real de opción pueda ejercitarse frente a terceros y con preferencia sobre los titulares de cargas posteriores. Esta es una de las razones por las que considero indispensable que la opción de compra revista naturaleza real

cuando ha de cumplir funciones de garantía. Y ello, aunque esta decisión suponga ir más allá de la exigencia del legislador europeo, que no especifica los mecanismos concretos a través de los cuales los Estados miembros deben permitir los pactos entre las partes para que la transferencia de la garantía sirva como fórmula de pago del crédito inmobiliario, ni tampoco pretende invadir la competencia exclusiva de los Estados en materia de derechos reales.

Por otro lado, lo habitual será que se pacte una prohibición expresa de disponer que hace más sencillo, en su momento, al optante el ejercicio de su derecho, sobre todo si no se ha previsto el ejercicio unilateral y debe concurrir la parte concedente para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. El problema de esta prohibición de disponer y, en general, de los pactos de no gravar el bien sujeto a la opción, es que no tiene, en principio, efectos frente a terceros. El artículo 27 de la Ley Hipotecaria establece que no tendrán acceso al Registro, salvo que su cumplimiento quede garantizado mediante hipoteca u otra forma de garantía real¹²⁰.

Así las cosas, puede ocurrir que, llegado el momento de ejercitarse la opción, el optante se encuentre frente a los nuevos titulares del bien que constan en el Registro de la Propiedad que, incluso, han podido gravar nuevamente el bien objeto de la garantía. La jurisprudencia registral es tajante al aplicar analógicamente el artículo 175.6 RH a este caso, determinando que la trascendencia real de la opción implica la cancelación de las cargas posteriores, pero siempre que se deposite el precio a favor de los titulares de estas¹²¹. Esta obligación puede hacerse imposible cuando el optante debe compensar todo o parte del precio del bien con las cantidades que le adeudara el concedente, un supuesto frecuente en los casos en los en que la opción de compra se constituye con fines de garantía. Por ejemplo, cuando el optante es a la vez el fiador del concedente en un préstamo hipotecario concertado con anterioridad a la constitución de la opción, y se ve obligado como avalista a pagar al acreedor las cuotas vencidas y no atendidas por el concedente de la opción. O el caso en que el optante es el acreedor que refinancia con su préstamo créditos anteriores del concedente que habían dado lugar a sendas inscripciones registrales previas a la constitución de la opción de compra en garantía. ¿Estas cantidades que se adeudan al optante no pueden descontarse de la consignación del precio del bien?, ¿y si abarcan la totalidad del precio del bien? La respuesta solo puede ser afirmativa, puesto que precisamente por causa de estos débitos se constituye la opción de compra en favor del acreedor. No tendría sentido, por defender a los acreedores posteriores, obligar al primer acreedor a pagar dos veces el valor del bien. La Dirección General de los Registros y el Notariado ha admitido deducir de la cantidad a consignar, el importe de las cargas anteriores a la propia opción, cuando sean satisfechas o asumidas por el optante¹²². Por tanto, queda claro que en estos casos el optante podría solicitar la inscrip-

ción del bien a su nombre libre de todo gravamen posterior a la opción, sin realizar consignación alguna a favor de los titulares de dichas cargas posteriores. Pero qué ocurre cuando el optante es, simplemente, el prestamista que financia al concedente, y pacta con él una opción de compra como garantía. Si llegado el vencimiento del préstamo, el acreedor/optante no recibe lo que le corresponde y ejercita su derecho de opción imputando al precio del inmueble la cantidad que no ha recibido del deudor, ¿tendrá después que consignar el precio íntegro del bien para poder inscribirlo a su nombre en el Registro de la Propiedad?

El apartado primero del artículo 3113-13 de la Propuesta de la Asociación de Profesores establece como regla general que los derechos reales o gravámenes constituidos con posterioridad a la inscripción del derecho de opción no afectan al optante, que adquiere el bien libre de los mismos. Sin embargo, en el apartado cuarto establece expresamente que el pacto de compensación de deudas no excluye el deber de consignar, aunque permitiendo deducir de las cantidades a consignar el importe de las cargas anteriores a la opción, que el optante haya tenido que satisfacer. Así las cosas, la propuesta de legislación civil se alinea con el criterio consolidado de la Dirección General, que pretende evitar que la opción de compra se otorgue con fines de garantía, y determina que para hacer valer el pacto de compensación de deudas deberá renunciarse a la cancelación de las cargas posteriores a la opción¹²³.

Otro argumento de la Dirección General es la aplicación analógica de las reglas del procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria, en cuanto establecen la necesidad de consignar el sobrante. Esta analogía es correcta, por cuanto las normas de la subasta notarial establecen una priorización de los pagos, de manera que en primer lugar se satisfará el derecho del acreedor y los gastos del procedimiento, y solo después, si existe sobrante, se procede a la consignación. En consecuencia, debería establecerse que en los supuestos de ejercicio de la opción de compra otorgada como instrumento de garantía cabe la compensación de deudas y, una vez saldado todo el préstamo, si existe un exceso de valor que el acreedor deba pagar por el bien del que se hace titular, esto será lo que deba consignar a disposición de los titulares de las cargas posteriores, las cuales en todo caso resultarán purgadas por efecto de la inscripción del bien a favor del optante.

Los derechos catalán¹²⁴ y navarro¹²⁵ no contienen ninguna referencia al pacto de compensación, ni a sus efectos con respecto a las cargas posteriores inscritas en el Registro. Luego está claro que la imposición de la consignación del precio es una decisión de política legislativa, y nuevamente, más que ante un problema registral, lo que se percibe en la férrea posición de la Dirección General es el objetivo de lograr en todo caso la interdicción del pacto comisorio.

Por todo lo expuesto, parece lo más conveniente regular, para el caso de que la opción de compra se constituya con fines de garantía, que en la escritura de constitución se debe hacer constar la prohibición de constituir cargas o gravámenes posteriores¹²⁶. Así como establecer la purga de todas estas cargas posteriores por efecto de la inscripción del bien a favor del optante, a salvo la obligación de consignar el exceso de valor del bien, si lo hubiera, una vez satisfecho el crédito del acreedor/optante.

V. CONCLUSIONES

La opción de compra de naturaleza real y de origen convencional se emplea con frecuencia en el tráfico jurídico en torno a las actividades de financiación inmobiliaria. He propuesto a lo largo del trabajo la introducción de algunas reglas legales que contribuirían a garantizar la seguridad jurídica, y facilitarían la eficacia de este derecho real limitado de garantía. Con respecto a la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil, esta regulación solo necesitaría ser completada con algunas reglas específicas para los supuestos en los que la opción funciona como instrumento de garantía. Esta regulación, además, constituiría una forma válida de obedecer el mandato del legislador europeo sobre las fórmulas alternativas a la ejecución de la garantía hipotecaria obviando, así, los acreditados inconvenientes que se derivan de dicho procedimiento. En la actualidad, el intento de protección a los deudores hipotecarios se ha traducido en una excesiva rigidez de la garantía hipotecaria, lo cual se traduce a su vez en la expulsión del acceso a la propiedad de aquella parte de la población a la que se pretendía proteger. Articular la opción en garantía crearía un cauce sustitutivo de estas carencias que podría favorecer a este sector involuntariamente excluido.

En cuanto a la prohibición del pacto comisorio en nuestro país, es necesario matizar el alcance de la misma mediante un adecuado análisis de su fundamento. La razón de la prohibición generalizada durante decadas del pacto comisorio no está en que se deba evitar en todo caso la adquisición del bien por el acreedor. Esta adquisición no tiene por qué ser, de suyo, perjudicial para el deudor ni carecer a priori de causa suficiente. La auténtica motivación de la prohibición, en realidad, radica en la necesidad de evitar que, a través de esa apropiación, el deudor sufra un empobrecimiento injusto a favor del acreedor, al transmitirse la cosa por un precio inferior al del mercado; porque la tesis de que el fundamento de la prohibición es la defensa del principio *pars conditio creditorum* ya ha sido prácticamente abandonada por la doctrina moderna, ya que la prelación de créditos en las garantías reales, concretada en la posibilidad de reservar un bien de-

terminado para el pago de una deuda determinada, ya se ha impuesto, de facto, en el tráfico jurídico precisamente a través de la garantía hipotecaria. Por otra parte, el sistema de purga de las cargas registrales posteriores a la hipoteca, una vez adjudicado el inmueble en subasta, desprotege a los acreedores posteriores, como mínimo, de la misma forma en que podría hacerlo la inscripción del inmueble a nombre del acreedor que ha ejercido su derecho de opción de compra y ha compensado el precio del bien con las cantidades que se le adeudan.

Por todo lo cual entiendo que sería admisible, y escaparía de la prohibición del comiso, el mecanismo de la opción de compra real con funciones de garantía, con su pacto de apropiación del bien como medio de pago de la deuda al optante, siempre que se establezca un procedimiento objetivo y justo de valoración de la adquisición, y unos mecanismos adecuados de consignación del exceso de valor, ya sea a favor de los acreedores posteriores si los hay, ya sea a favor del deudor si no hay cargas posteriores o, saldadas estas, si restara un sobrante.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Civil, de 13 de mayo de 1988 (*RJ* 1988, 4092)
- STS, Sala Civil, de 22 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988, 9748)
- STS, Sala Civil, de 18 de mayo de 1993 (ROJ: STS 3112/1993)
- STS, Sala Civil, de 29 de mayo de 1996 (ROJ: STS 3285/1996)
- STS, Sala Civil, de 19 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3429)
- STS, Sala Civil, de 7 de octubre de 1997 (*RJ* 1997, 7101)
- STS, Sala Civil, de 10 de septiembre de 1998 (ROJ: STS 5085/1998)
- STS, Sala Civil, de 16 de mayo de 2000 (ROJ: STS 3952/2000)
- STS, Sala Civil, de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037)
- STS, Sala Civil, de 5 de noviembre de 2003 (ROJ: STS 6894/2003)
- STS, Sala Civil, de 10 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1821)
- STS, Sala Civil, de 7 de marzo de 2005 (ROJ: STS 1374/2005)
- STS, Sala Civil, de 18 de julio de 2006 (ROJ: STS 4426/2006)
- STS, Sala Civil, de 27 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3658)
- STS, Sala Civil, de 1 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2280)
- STS, Sala Civil, de 13 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 267)
- STS, Sala Civil, de 21 de julio de 2016 (ROJ: STS 3886/2016)
- STS, Sala Civil, de 21 de febrero de 2017 (ROJ: STS 581/2017)
- STS, Sala Civil, de 4 de febrero de 2020 (ROJ: STS 312/2020)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJCat de 29 de mayo de 1991 (*RJ* 1992, 3903)
- STSJCat de 31 de septiembre de 1991 (*RJ* 1992, 3912)
- STSJCat de 1 de febrero de 2002 (*RJ* 2019, 2024)
- STSJCat de 18 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 977)
- STSJCat de 28 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 2024)

- STSJ Navarra de 22 de enero de 1994 (*RJ* 1994, 578)
- STSJ Navarra de 26 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 9743)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Madrid de 1 de septiembre de 2014 (ROJ: SAP M 13961/2014)
- SAP Sevilla de 5 de noviembre de 2015 (ECLI:ES: APSE:2015:3163)
- SAP Burgos de 21 de marzo de 2016 (AC 2016, 504)
- SAP Tarragona de 4 de mayo de 2018 (JUR 2018, 128853)
- SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2020 (Id Cendoj: 08019370012020100318)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN/ DGSJFP)

- RDGRN de 27 de marzo de 1947 (*RJ* 1947, 440)
- RDGRN de 20 de septiembre de 1966 (*RJ* 1966, 4020)
- RDGRN de 10 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 3840)
- RDGRN de 19 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 6566)
- RDGRN de 29 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 7646)
- RDGRN de 8 de abril de 1991 (*RJ* 1991, 3138)
- RDGRN de 5 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4649)
- RDGRN de 5 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 4837)
- RDGRN de 22 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992, 6919)
- RDGRN de 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7798)
- RDGRN de 30 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 7214)
- RDGRN de 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184)
- RDGRN de 19 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 4141)
- RDGRN de 22 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 5365)
- RDGRN de 23 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 6923)
- RDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971)
- RDGRN de 21 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1987)

- RDGRN de 21 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1988)
- RDGRN de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1989)
- RDGRN de 5 de septiembre de 2013 (*BOE* 238, 4 de octubre de 2013, 10352)
- RDGRN de 6 de noviembre de 2013 (*BOE* 297, 12 de diciembre de 2013, 12960)
- RDGRN de 14 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 5253)
- RDGRN de 13 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 753)
- RDGRN de 26 de diciembre de 2018 (*BOE* 24, de 28 de enero de 2019, 7744 a 7755)
- RDGRN de 26 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1989)

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass.civ. de 6 de octubre de 2004, n. 19950, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 21 de mayo de 2005, n. 1273, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 9 de mayo de 2013, n. 10986, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 28 de enero de 2015 n. 1625, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 05 de octubre de 2017, n. 23250, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 09 de octubre de 2017, n. 23617, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 12 de diciembre de 2017, n. 29808, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 30 de mayo de 2019, n. 14758, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 11 de julio de 2019, n. 18680, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 22 de agosto de 2019, n. 21588, www.iusexplorer.it

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo. En: A. Carrasco Perera (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters (105-170).
- ALBIEZ DOHRMANN, K. y MORENO TORRES, M.^a L. (2018). *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2016). Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [En línea], núm. 17. Consultable en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1034> (última consulta 12 de enero de 2021).
- ARANA DE LA FUENTE, I. (2012). La reforma francesa de las garantías mobiliarias. *Indret*, núm. 2, Disponible en <https://indret.com/la-reforma-francesa-de-las-garantias-mobiliarias/> Última consulta 19 de enero de 2021.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *Indret* [En

- [línea] núm. 2, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2994152 Última consulta 19 de enero de 2021.
- ARTZ, M. (2018). Contratos de crédito inmobiliario en Alemania. *Workin paper Jean Monet Chair* [En línea], núm. 3, disponible en: http://deposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/122221/1/WP_2018_3.pdf Última consulta, 11 de enero de 2021.
- ASTONE, M. (2017). Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano». *Europa e diritto privato*, núm. 3, (735-763).
- BARBIERA, L. (2010). Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. En: D. Busnelli (dir.), *Il Codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè editore (285-335).
- BARGELLI, E. y DONADIO, G. (2017). The impact of Directive 2014/17/EU in Italy. En: M. Anderson y E. Arroyo (eds.), *The impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*. Groningen: Europa Law Publishing (304-328).
- BIANCA, C.M. (1957). *Il divietto del patto comissorio*. Milano: Giuffrè editore.
- (2000). Autotutela, *Enciclopedia diritto*, vol. IV, Milano, (130 y sigs.).
- BOSCH CAPDEVILA, E. (2020). La opción en garantía. En: A. Cañizares Laso y R. Diéguez Oliva (dirs.), *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch (267-271).
- (2020). Precontrato de opción y derecho real de opción. *Revista de Derecho Civil, Vol. II*, núm. 4, (51-98).
- BRECCIA, U. (1968). *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano: Editori Vari.
- BRODI, E. (2017). Brevi note sull'utilizzabilità dell' art. 48-bis TUB per la gestione delle sofferenze bancarie. *Crisi d'Impresa e fallimento* [En línea], disponible en <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/932.pdf> Última consulta, 11 de enero de 2021.
- BUSTOS PUECHE, J.E. (1990). Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio, *Anuario de Derecho civil*, 1990, 2, (539-572).
- CABANAS TREJO, R., MARQUÉS MOSQUERA, C.; RIVAS RUIZ, A. (2019). Guía notarial para la aplicación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n. 71, (163-230).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). *Contratos y protección jurídica del consumidor*. Santiago de Chile: Olejnik.
- CAMPOLATTARO, S. (2017). Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità, *Rivista del Notariato*, 3, 1, (591 y sigs.).
- CARRASCO PERERA, A. (2019). *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- CELENTANI, M.; GANUZA FERNÁNDEZ, J.J.; GÓMEZ POMAR, F. (2018). El régimen legal del crédito hipotecario en España, un análisis económico. En: J.J. Ganuza Fernández y F. Gómez Pomar (coords.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, (35-128).
- CHICO Y ORTIZ, (1986). El principio de la autonomía de la voluntad y el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 62, (59-92).
- CIPRIANI, N. (2000). *Patto comissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

- COING H. (1996). *Derecho Privado Europeo*, Tomo II, Fundación cultural del Notariado. Madrid: Fundación cultural del Notariado.
- COLLADO-RODRÍGUEZ, N. (2019). *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*. Cizur Menor: Aranzadi.
- D'AMICO G. (2017). La resistibile ascesa del patto marciano. *Europa e diritto privato*, fascicolo 1, (1-47).
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2002). *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- DELLACASA, M. (2008). Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza. *Danno e Responsabilità*, núm. 3, (261-277).
- DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2018). *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. Barcelona: Marcial Pons.
- DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2019). Pacto marciano. Repensando el sistema con la cívilística italiana. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, fascículo III, (795-823).
- DÍAZ TABOADA, E., El derecho de opción en la doctrina de don Jerónimo, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1993, 619, (1803-1822).
- DÍEZ PICAZO, L.; GULLÓN, A. (2019). *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Tomo 2. Madrid: Tecnos.
- DI PAOLO, M. (1995). Patto comissorio. En: R. Sacco (dir.), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino: UTET Giuridica (309-314).
- DOMINGUEZ LUELMO, A. (2018). Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca. En: APDC, *Vivienda e hipoteca*. Madrid: Tecnos.
- (2019). Comentario al artículo 104 LH. En: A. Dominguez Luelmo (dir.). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Cizur Menor: Aranzadi (1169-1177).
- DURÁN RIVACOBA, R. (1998). *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2019). *La garantía comisoria*. Madrid: Bosch.
- ELIZARI URTASUN, L. (2020). Comentario a la Ley 461. En: E. Rubio Torrano y M.^a I. Arcos Viera (dirs.). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters (1941-1946).
- FELIU REY, M.I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción de garantía*. Madrid: Civitas.
- GABRIELLI, E. (1990). *Il pegno anomalo*. Padova: CEDAM Editore.
- GINEBRA MOLINS, M.^a E. (2009). La prohibición de comís i el pacte comisori al Llibre V del Codi Civil de Catalunya. En: F. BADOSA COLL, M.^a C GETE-ALONSO CALERA, M.^a E GINEBRA MOLINS y S. NAVAS NAVARRO (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales: estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons (329-332).
- GÓMEZ CALLE, E. (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil. Cizur Menor (Navarra)*: Aranzadi.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1990). Comentario al artículo 1859. En: M. Albaladejo, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid: Edersa (457 y sigs.).
- Comentario al artículo 1859. En: Ministerio de Justicia, *Comentarios al Código civil*, Tomo II. Madrid: Editorial (1864 y sigs.).

- IACUANIELLO BRUGGI, M. (2010). Patto commissorio, *Enciclopedia Giuridica*. Treccani: (1-16).
- JIMÉNEZ PARÍS, T. (2011). Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, 127-191.
- LÓPEZ FRIAS, A.M. (1993). *Los contratos conexos. Estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal*, consultable en <https://digidigit.ugr.es/handle/10481/35668>, última consulta 12 de enero de 2021.
- LÓPEZ DÍAZ, P.V. (2012). El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 19, (13-62).
- LUMINOSO, A. (1987). La vendita con riscatto (arts. 1500-1509). En: P. Schelinger (dir.), *Codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè editore (217-272).
- (1990). Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio. *Rivista di diritto civile* (219 y sigs.).
- (2017). Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela ejecutiva. *Rivista di diritto civile*, Vol. 63, (10-32).
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I. (2007). *La opción de compra inmobiliaria en garantía*, Navarra: Thomson.
- MACÍA MORILLO, A. (2013). Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán. *Indret*, [En línea], núm. 1, disponible en: <https://indret.com/una-aproximacion-a-la-transmision-en-garantia-en-el-derecho-aleman/> Última consulta 18 de enero de 2021.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015). Eficacia, régimen concurrecial y realización de la reserva de dominio sobre bienes muebles. En: A. CARRASCO PERERA (dir.). *Tratado de los derechos de garantía, Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi (452 y sigs.).
- (2002). Comentario a la STS de 26 de abril de 2001, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 58, (147-171).
- MARTÍN FABA J.M.^a, (2019). Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado. En: Carrasco Perera A. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters (571 y sigs.).
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales. *Indret* [En línea], núm. 2, disponible en <https://indret.com/la-depreciacion-del-inmueble-en-la-ejecucion-hipotecaria-tensiones-entre-acrededor-y-deudor-y-las-ultimas-reformas-legales/> Última consulta 10 de enero de 2021.
- MAS BADÍA, M.^a D. (2020). Los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: una propuesta de regulación sistemática en el Código civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, (127-191).
- MAZZAMUTO, S. (2012). Il contratto di diritto europeo. En: Mazzamuto y Moscati (dirs.), *La didattica del diritto civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, (570 y sigs.).
- OSSORIO y GALLARDO, A. (2018). *El contrato de opción*, Olejnik, Santiago de Chile.
- PAGLIANTINI, D. (2015). Eccezione (sostanziale) do risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutori. *Persona e mercato* [En línea], núm.3, disponible en <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/10/Pagliantini.pdf> Última consulta, 11 de enero de 2021.

- PUTTI, P.M. (2009). La risoluzione. En: N. Lipari y Prescigno (dirs.) y A. Zoppini (coord.). *Diritto civile*, Vol. III: *Il contratto in generale*. Milano: Giuffrè (1152 y sigs.).
- RAMON CHORNET, J.C. (1989). Derecho de opción: cancelación de cargas posteriores y breve apunte sobre su naturaleza real. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 65, (309-372).
- REALI, A. (2014). La fiducia a scopo di garanzia, la vendita con patto di riscatto e il divieto del patto commisorio. En: Gambaro y Morello (dirs.). *Trattato dei diritti reali*, Vol. V. Milano: Dott. A Giuffrè Editore (579 y sigs.).
- REGLERO CAMPOS, F. (2007). El pacto comisorio. *Aranzadi civil*, núm. 2007-1, (1907-1938).
- RODRÍGUEZ ROSADO, B. (1998). *Fiducia y pacto de retro en garantía*. Madrid: Marcial Pons.
- (2017). La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en Derecho español. *Revista de Derecho Civil*, Vol. IV, núm. 3, (35-68).
- RUBIO TORRANO, E. (2020). Comentario a las Leyes 475-478. En: E. Rubio Torrano y M.ª L. Arcos Viera (dirs.). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*. Cizur Menor: Aranzadi (1994-2002).
- SÁNCHEZ JORDAN, M.E. (2020). La transmisión de la propiedad del bien hipotecado al acreedor con efectos extintivos de la obligación garantizada. Reflexiones suscitadas por la Ley de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil (RDC)*, Vol. VII, núm. 3, (35-69).
- SANCINENA ASURMENDI, C. (2007). *La opción de compra*. Madrid: Dykinson.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2016). La Directiva 2014/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su incidencia en las normas españolas sobre protección del consumidor de crédito hipotecario, en especial, la obligación de evaluar su solvencia. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, disponible en <http://www.revista-aji.com/articulos/2016/num5/311-330.pdf>, última consulta 19 de enero de 2021.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. (2008). La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial). *El notario del siglo XXI* [En línea], núm. 21, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/1872-la-admision-del-pacto-comisorio-como-alternativa-a-la-ineficiente-subasta-hipotecaria-judicial-o-notarial-0-3072183535501532> Última consulta 18 de enero de 2021.
- SIRENA, P. Introduzione, autonomía privata e vigilanza bancaria nell diritto europeo dei contratti di finanziamento. En: P. Sirena (dir.), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*. Milano: Fondazione Italiana del Notariato.
- TORRES LANA, J.A. (1993). La opción en el Derecho Civil de Navarra. *Revista jurídica de Navarra*, núm. 15, (328-333).
- TRIMARCHI, P. (2010). *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè Editore.
- VALENTINO, D. (2007). La circolazione dei beni in funzione di garanzia. *Rassegna di diritto civile*, núm. 2-2007, (511-549).

- VALLE MUÑOZ, J.L. (2017). Comentario al artículo 568 CCCat. En: J.L. Valle Muñoz y R. Arnáiz Ramos (Coords.). *Derechos reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código civil de Cataluña*, Tomo II. Barcelona: Atelier (1257-1359).
- VARRONE, C. (1968). *Il transferimento della proprietà a scopo di garanzia*. Napoli: Jovene editore.
- WEGMANN STOCKEBRAN, A. (2009). Algunas consideraciones del pacto comisorio y el pacto marciano. *Revista chilena de Derecho Privado*, núm. 13, (95-122).
- YSAS SOLANES, M. (1989). El derecho de opción. *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, (1225-1268).

NOTAS

¹ Y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 1093/2010 (en adelante, la Directiva).

² En adelante, LCCI. La doctrina civilista española se ha prodigado en comentarios sobre la nueva normativa durante estos dos años posteriores a su promulgación, véase por todos, CARRASCO PERERA, (2019); ALBIEZ DOHRMANN Y MORENO TORRES, (2018); CABANAS TREJO, MARQUÉS MOSQUERA, RIVAS RUIZ, (2019, 163-230). En este breve estudio trataré, paralelamente, la regulación europea y su trasposición al derecho español.

³ Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, reformado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

⁴ Véase Instrucción de la DGRN, de 20 de diciembre de 2019, sobre la ley 5/2019, BOE de 30 de diciembre de 2019, núm. 313, Sec. III, 142180-142212.

⁵ A salvo la disposición contenida en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, al que me referiré más adelante.

⁶ Por ejemplo, el supuesto de hecho recogido en la STSJCat de 28 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 2024): El día 18 de abril de 2013, D.^a Visitacion, como prestamista profesional, y los actores D. Evaristo (titular de un grupo empresarial dedicado al negocio inmobiliario) y D.^a Sara su esposa, como prestatarios, otorgaron escritura de préstamo hipotecario en escritura pública en la Notaría, por la que la primera les prestó la suma de 488.000 euros que debían ser devueltos en una única cuota el 18 de abril de 2014. El mismo día y ante el mismo notario, los actores D. Evaristo y D.^a Sara constituyeron un derecho de opción de compra en relación con los bienes señalados en la escritura de préstamo hipotecario, a la sazón su vivienda habitual, por un importe de 1.000 euros de prima, a favor de D. Iván. El plazo para el ejercicio de la opción será como máximo hasta el 18 de abril de 2015. Asimismo, el derecho de opción pactado quedaba sujeto al impago del préstamo hipotecario. Con fecha de 8 de enero de 2014, D. Iván transmitió su derecho de opción de compra a D.^a Visitacion, por un precio de 1.000 euros, en escritura pública. De modo que la acreedora hipotecaria pasó a reunir en su misma persona la condición de titular del derecho de opción sobre los inmuebles hipotecados.

⁷ El caso recogido en la STS de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 595), es el de una opción de compra concedida por los deudores hipotecarios (una pareja jovén que se endeba claramente por encima de sus posibilidades) en favor de los fiadores del préstamo hipotecario (los padres de uno de los miembros de la pareja deudora), en garantía de la cuantía de la que podría corresponderles hacerse cargo si los deudores desatendían total o parcialmente su deuda con la entidad crediticia (al respecto, la Audiencia Provincial

de Madrid, que conoció del asunto en grado de apelación, había establecido sobre esta situación fáctica lo siguiente: «*no estamos en presencia de un préstamo donde los acreedores pretenden hacer suya la cosa en propiedad si la parte deudora incumple su obligación de pago, sino ante un supuesto que responde mucho más a la realidad de las cosas, esto es cuando los avalistas son requeridos por el Banco para el pago de la cantidad que no abonan los deudores principales, quienes se comprometen a transferir la propiedad a aquellos. Supuesto que no es ajeno al contenido del artículo 1838 del Código civil en virtud del cual el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este en la cantidad total de la deuda (más intereses, gastos, etcétera). Aquí los deudores principales frente al Banco, titulares de la vivienda hipotecada, vienen a fijar mediante dicha acta de manifestaciones ante notario la concreción de esa indemnización a los fiadores, que se hacen cargo del crédito o préstamo hipotecario, a la sazón padres de don Marcos, uno de los deudores principales del préstamo hipotecario»* (SAP Madrid, 1 de septiembre de 2014, Roj: SAP M 13961/2014).

⁸ Por ejemplo, en la escritura de constitución de la opción de compra en garantía otorgada por dos personas físicas, el Manifiestan II reza del siguiente modo: «*Manifiestan los comparecientes lo siguiente: a) Que A (concedente de la opción) es deudor solidario de un préstamo hipotecario a favor de la entidad financiera..., constituido en escritura autorizada el dia... por un principal de... garantizado con hipoteca sobre la finca sita en... inscrita en el Registro de la Propiedad de... Dicha finca es propiedad de B (optante), avalista solidario, y cuyo saldo pendiente de amortizar a la fecha del presente otorgamiento es de...»* Para garantizar el derecho del optante, en caso de que su finca sea ejecutada por el banco por el impago en que pueda incurrir su socio, el deudor principal, este le concede una opción sobre su propia vivienda familiar, cuyo valor real queda determinado en la escritura como precio de la opción que podrá abonarse (vuelvo a citar lo que podría ser la estipulación contenida en la escritura notarial): «*Dicho precio (el de adquisición del inmueble) será abonado por cualquier medio de pago que pacten las partes y especialmente de la siguiente manera: se imputará a su pago las cantidades abonadas por la parte optante de cualesquiera cuotas vencidas y no satisfechas de los préstamos reseñados en el expositorio II de esta escritura, así como cualesquiera cantidades que la optante hubiere satisfecho a las entidades de crédito acreedoras de dichos préstamos, por incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los deudores de dichos préstamos. La parte concedente presta su consentimiento y acepta desde ahora, como parte de pago del precio, el abono de dichas cantidades por la parte optante. Para el resto del precio no abonado de la forma indicada, la parte optante realizará una transferencia bancaria a la cuenta que el concedente le indique, o consignará notarialmente la cantidad debida, en dinero o cheque bancario, poniéndola a disposición de la parte concedente en esta notaría.*

⁹ En efecto, existe un número destacable de sentencias del Tribunal Supremo y de resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre contratos de opción, la gran mayoría de ellas sobre la opción de compra y los criterios defendidos en las mismas no siempre son ni mucho menos coincidentes. Algunas de estas resoluciones las analizo más en detalle a lo largo del texto. Véase, las Sentencias del Tribunal Supremo: STS de 13 de mayo de 1988 (*RJ* 1988, 4092), STS de 22 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988, 9748), STS de 18 de mayo de 1993 (ROJ: STS 3112/1993), STS de 29 de mayo de 1996 (ROJ: STS 3285/1996), STS de 10 de septiembre de 1998 (ROJ: STS 5085/1998), STS de 16 de mayo de 2000 (ROJ: STS 3952/2000), STS de 5 de noviembre de 2003 (ROJ: STS 6894/2003), STS de 7 de marzo de 2005 (ROJ: STS 1374/2005), STS de 18 de julio de 2006 (ROJ: STS 4426/2006), STS de 27 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3658), STS de 1 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2280), STS de 21 de febrero de 2017 (ROJ: STS 581/2017), STS de 4 de febrero de 2020 (ROJ: STS 312/2020). Entre las Resoluciones de la DGRN, véase por ejemplo las de 10 de junio de 1986, *RJ* 1986, 3840; 19 de septiembre de 1987, *RJ* 1987, 6566; 29 de septiembre de 1987, *RJ* 1987, 7646; 8 de abril de 1991, *RJ* 1991, 3138; 5 de junio de 1991, *RJ* 1991, 4649; 5 de mayo de 1992, *RJ* 1992, 4837; 22 de septiembre de 1992, *RJ* 1992, 6919; 18 de octubre de 1994, *RJ* 1994, 7798; 30 de septiembre de 1998,

RJ 1998, 7214; 26 de marzo de 1999, *RJ* 1999, 2184; 19 de febrero de 2002, *RJ* 2002, 4141; 23 de julio de 2005, *RJ* 2005, 6923; 21 de febrero de 2013, *RJ* 2013, 1987; 21 de febrero de 2013, *RJ* 2013, 1988; 22 de febrero de 2013, *RJ* 2013, 1989; 14 de julio de 2016, *RJ* 2016, 5253; 13 de febrero de 2019, *RJ* 2019, 753. (A pesar de que, mediante RD 139/2020, de 28 de enero, la Dirección General ahora recibe el nombre de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, en el texto seguiré utilizando el acrónimo de la nomenclatura anterior, puesto que todas las resoluciones citadas en el trabajo son de fecha anterior al citado cambio).

¹⁰ Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre cincè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals (en adelante CCCat).

¹¹ Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (en adelante, CDCFN). Estos artículos han sido modificados recientemente por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril.

¹² Por su parte, el Derecho tributario tampoco incentiva la utilización de la opción de compra en garantía, dado que en la regulación estatal del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados no se prevé ninguna exención para el derecho de opción en garantía, exención que, no obstante, sí se establece para la hipoteca. y, en cuanto a la normativa fiscal autonómica, solo la comunidad autónoma navarra, con competencia legislativa a estos efectos, exime de gravamen cualquier forma de garantía que se constituya —por tanto, no solo la garantía hipotecaria—, y exige únicamente el pago del impuesto en concepto de préstamo, es decir, por la obligación principal que justifica y es la causa de la existencia de la garantía. Cfr. artículo 11.8 del Decreto Foral Legislativo 129/1999, de 26 de abril, del Texto Refundido de las Disposiciones del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

¹³ APDC, Propuesta de Código civil, Tecnos, Madrid, 2018, (en adelante PAPDC). Véase en concreto el Libro Tercero del Título XI. Texto disponible en: http://www.derechocivil.net/images/libros/trabajos%20posteriores/LIBRO_III_T%C3%8DTULO_XI_-_DERECHOS_DE_ADQUISICI%C3%93N_DE_CONSTITUCI%C3%93N_VOLUNTARIA.pdf Última consulta, 11 de enero de 2021.

Cfr. MAS BADÍA, (2020, 127-191). Justifica así, la autora, la necesidad de regular los derechos de adquisición de origen voluntario, entre ellos la opción: «Volviendo al diagnóstico efectuado por la DGRN cuando destaca las dificultades de integrar el título constitutivo de los derechos de adquisición de origen voluntario ante la ausencia de un régimen dispositivo general en la Ley, no cuesta mucho concluir que tales dificultades se allanarían si se ofreciera a los particulares un modelo legal, lo que exige regular de forma coherente y sistemática este tipo de derechos» (135).

¹⁴ Commission Staff Working Paper. Impact Assessment accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property, vol I (Brussels, 31.03.2011) (SEC (2011) 356), 57-60.

¹⁵ ARROYO AMAYUELAS, (2017, 13).

¹⁶ Esta posibilidad aparece contemplada en nuestro ordenamiento, aunque para el caso que la garantía se constituya mediante la venta del bien con derecho de retracto. Así, el artículo 107.7.^o LH permite hipotecar «*Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que, si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial*

¹⁷ AGÜERO ORTIZ, (2019, 126).

¹⁸ Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, (2016, 316).

¹⁹ En otros ordenamientos como el italiano, en cambio, los derechos reales son numerus clausus y las garantías reales están tipificadas, de modo que es mucho más difícil pensar en una garantía real atípica creada, *ad hoc*, por las partes en virtud de su auto-

nomía negocial, si bien la doctrina siempre ha abogado por ello, cfr. ASTONE, (2017, 741); GABRIELLI E, (1990, 94).

²⁰ Vease RDGRN de 8 de noviembre de 2018, y el comentario que hace al respecto BERCOVITZ (Blog de la APDC de 9 de enero de 2019) «*Esta Resolución consolida la tendencia de la jurisprudencia y de la Dirección General a admitir ampliamente el juego de la autonomía privada dentro del campo de los derechos reales, dejando la puerta abierta a la constitución de derechos reales atípicos o de configuración atípica, siempre que los mismos tengan por contenido facultades que se independicen del derecho de propiedad, con las mismas características de inmediatividad con respecto a su objeto, de absolutividad con respecto a los sujetos obligados a respetarlas, siempre que su eficacia esté perfectamente definida y que no pueda existir duda sobre la voluntad de constituirlos con tal carácter y no como meras obligaciones inter partes*». Consultable en <http://www.derechocivil.net/blog/derecho-civil/item/353-derechos-reales-atípicos>. Última consulta, 11 de enero de 2021.

²¹ Respecto al ámbito de aplicación de la ley señala el artículo 2: «*Ámbito de aplicación. 1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial.*

²² La *lex commisoria* en los contratos de garantía se encuentra recogida en el Digesto (20,1,16,9), en los siguientes términos: «*Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio*». Sobre la evolución histórica de la figura y las razones de su prohibición en el Derecho Romano (básicamente porque a través del pacto comisorio se encubrían préstamos usurarios, puesto que el valor de la cosa era, por lo general, muy superior al del crédito garantizado), véase LLORENTE SANSEGUNDO, (2007, 130-192); WEGMANN STOCKEBRAND, (2009, 98).

²³ Art. 1859 CCE: «*El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*». Para la antítesis véase el artículo 1884 CCE. Se pregunta, sin embargo, CHICO Y ORTIZ si este pacto puede ser estipulado, al amparo del 1.255 del Código civil en otras garantías. Cfr. CHICO Y ORTIZ, (1986, 82).

²⁴ La STS de 18 de julio de 2006 (ROJ: STS 4426/2006) determina que el pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos sino también es aplicable a los negocios indirectos (como los negocios simulados o fiduciarios); la STS de 21 de febrero de 2017 (ROJ: STS 581/2017), estima que la opción de compra en garantía esconde un pacto comisorio simulado, vedado en el derecho español. En el mismo sentido, denegando la inscripción de la opción, véase las RR de la DGRN de 5 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 4837), 30 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 7214), 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184), 21 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1987), 21 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1988), 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1989). En cuanto a la doctrina, mayoritariamente partidaria de vedar la opción de compra en garantía porque atenta contra la prohibición del pacto comisorio véase, entre otros, DURAN RIVACOBA, (1998, 121 y sigs.); FELIU REY, (1995, 66 y sigs.), RODRÍGUEZ ROSADO, (1998, especialmente sobre la opción de compra 191-193); GUILARTE GUTIÉRREZ, (1990, 457 y sigs.); idem (1991, 1864 y sigs.); REGLERO CAMPOS, (2007-1, 1907-1938); BUSTOS PUECHE, (1990, 539-572).

²⁵ Precepto que, a su vez, es reflejo de la manifestación contenida en el Considerando 27, in fine: «*Los Estados miembros no deben impedir que las partes en un contrato de crédito acuerden expresamente que la entrega de la garantía al prestamista baste para reembolsar el crédito*».

²⁶ En efecto, con carácter previo a la redacción definitiva del artículo 28, el Informe sobre las medidas nacionales adoptadas para evitar la expulsión de la vivienda daba buena cuenta de la situación. Cfr. Commission Staff Working Paper. National measures

and practices to avoid foreclosure procedures for residential mortgage loans. Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property (Brussels, 31.03.2011) (SEC (2011) 357 final).

²⁷ Muy relevante sobre esta cuestión la doctrina contenida en la STS de 13 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 267). Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO 2018, 289 y sigs. Tampoco se reveló eficiente la subasta notarial inmobiliaria o venta extrajudicial, que no es propiamente una venta, ni siquiera totalmente extrajudicial, sino simplemente un procedimiento de ejecución sin coerción. Cfr. SERRANO DE NICOLÁS, consultable en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/practica-juridica/1872-la-admision-del-pacto-comisorio-como-alternativa-a-la-ineficiente-subasta-hipotecaria-judicial-o-notarial-0-30721835355015322> Última consulta 11 de enero de 2021). MARTÍNEZ ESCRIBANO, (2014, 18).

²⁸ La cursiva es mía.

²⁹ Ya se ha mencionado que el artículo 28 concreta normativamente lo expuesto en el Considerando 27 de la Directiva, que literalmente señala: «*Cuando ello sea posible, deben hallarse soluciones que tengan en cuenta las circunstancias prácticas y las necesidades razonables de gastos de manutención del consumidor. En aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, los Estados miembros deben garantizar la protección de las condiciones mínimas de subsistencia y establecer medidas para facilitar el reembolso evitando al mismo tiempo el endeudamiento a largo plazo*».

³⁰ SÁNCHEZ JORDÁN se ha referido a estos preceptos de la LCCI, que parecen recoger una suerte de opción para el deudor hipotecario de acudir a la dación en pago *cummodo proceda* (la cursiva es mía), con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda. Sin embargo, esto no puede considerarse una transposición del artículo 28.4 de la Directiva, por dos motivos. Primero, porque solo rige para la garantías hipotecaria, lo cual limita sustancialmente su eficacia en relación a la forma en que se propugna por el legislador europeo para cualquier tipo de garantía inmobiliaria. En segundo lugar, a diferencia de la clara alusión a la bilateralidad de los acuerdos sobre la transferencia de la garantía que contiene la Directiva, la dicción de la norma española deja en manos del acreedor, exclusivamente, la decisión de la admisión o no de una cláusula sobre dación en pago en el préstamo hipotecario que publicita. Solo el acreedor controla los términos iniciales de la oferta en cuya publicidad deberá resenarse, en su caso, la posibilidad de que el deudor pueda dar en pago el inmueble hipotecado, así como las condiciones que deben concurrir para que pueda hacerlo. Así, se contraviene frontalmente el principio general que rige para todos los contratos, de conformidad con el artículo 1256 CCE, ello sin entrar en la evidente desnaturalización del derecho de hipoteca, en tanto que el acreedor quedaría despojado del *ius distrahendi* que la caracteriza, cfr, SÁNCHEZ JORDAN, (2020, 48 y sigs.), también sobre la dación en pago, véase JIMÉNEZ PARÍS, (2011, 127-191).

³¹ Cfr. artículo 4:109 de los Principios de Derecho Europeo de los contratos, II (en adelante PECL), y artículo 7:207 del Marco Común de Referencia (en adelante DCFR). Cfr. GOMEZ CALLE, (2018, 105-117).

³² Destaca DÍAZ GÓMEZ lo llamativo que resulta que sea precisamente en las relaciones crediticias entabladas entre empresarios y consumidores y cuando el bien objeto de garantía es un inmueble de uso residencial, donde se haya producido la flexibilización de la cláusula comisoria, arguyendo que, quizás el legislador europeo ha considerado que en esta materia se produce hoy día un mayor control de las autoridades administrativas sobre las entidades financieras y una reglamentación más estricta de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores. Cfr. DÍAZ GÓMEZ, (2019, 801).

³³ Cfr. ARTZ, Markus, 2018, consultable en http://deposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/122221/1/WP_2018_3.pdf. Última consulta, 11 de enero de 2021.

³⁴ Señala H. COING que «*La finalidad que se persigue con la constitución de una hipoteca se puede conseguir también cuando el deudor transmite al acreedor la propiedad*

de una cosa con el acuerdo de que la trasmisión debe servir al acreedor para asegurar un crédito; por consiguiente, el acreedor debe trasmírtela de nuevo una vez pagada la deuda y por lo demás solo puede utilizar su propiedad en cuanto lo permita la finalidad acordada de garantizar la deuda. La trasmisión a título de garantía puede acordarse —abstractamente— en esta forma; pero también puede revestir otras formas de negocio, particularmente la de una compraventa con reserva de retro compra. Esta forma fue particularmente usual en el siglo XIX en Alemania», COING., (1996, 530); sobre esta figura en la actualidad, véase RODRÍGUEZ ROSADO, (2017, 67).

³⁵ MACÍA MORILLO, (2013, 38), considera razonable esta segunda postura: «Así, por un lado, en este tipo de garantía, el tomador tiene una posición más libre en la ejecución, como se ha visto, que la que tiene el acreedor pignoraticio. Por otro lado, para la protección del prestador de la garantía puede ser suficiente con un pacto en el acuerdo de garantía por el que el tomador se obligue a entregarle el exceso del valor de la cosa respecto del valor del crédito garantizado, previo sometimiento a peritaje, por ejemplo, para determinar el valor de la cosa cuya propiedad consolida el tomador de la garantía. Solo cuando no se respetaran esos límites podría considerarse ilícito, por contrariedad a la moral (§ 138 BGB), el pacto que permitiera al tomador de la garantía consolidar su propiedad sobre la cosa en pago del crédito garantizado» (con cita de autores como WEBER, *Kreditsicherungsrecht*, C.H. Beck, Munich, 2006, 181 y WESTERMANN, *Derechos reales (Sachenrecht)*, Madrid, 2007, 608).

³⁶ Artículo 2078 *Code civil*.

³⁷ Tal y como explica Isabel ARANA, dicha reforma fue aprobada mediante la *Ordinance* núm. 2006-346, de 23 de marzo de 2006, y ratificada por la Ley 2007-212, de 20 de febrero de 2007. La *Ordinance* de 2006 añadió al *Code civil* el Libro IV (arts. 2284 a 2488), que reagrupa todas las normas sobre garantías, tanto personales como reales, anteriormente reguladas en el Libro III. Posteriormente, el Derecho de garantías se complementó con la consagración de la fiducia en garantía o cesión de la propiedad a título de garantía, incorporada a los artículos 2372-1 a 2372-5 (bienes muebles) y 2488-1 a 2488-5 (bienes inmuebles) del *Code civil* por la *Ordinance* 2009-112, de 30 de enero de 2009, modificados por la Ley 2009-526, de 12 de mayo de 2009. Cfr. ARANA DE LA FUENTE, (2012, 6-58).

³⁸ «La propriété de l'immeuble peut également être retenue ou cédée en garantie».

³⁹ Artículo 2744 Codice civile: «E nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto e' nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».

⁴⁰ La cursiva es mía.

⁴¹ Véase la sentencia de Cassazione civil 26 de septiembre de 2018, n. 22903. Se entiende que hay violación de la prohibición del comiso en un supuesto en el que las partes, junto con la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, otorgan una segunda escritura por la que el deudor otorga poder de representación al prestamista para que pueda poner en su nombre a la venta el bien inmueble objeto de la garantía hipotecaria. Entre la doctrina italiana que ha tratado el tema de la prohibición del pacto comisorio, BIANCA, (1957); VARRONE, (1968); BRECCIA (1968, 61 y sigs.); DI PAOLO, (1995, 309-314); BARBIERA, (2010, 285-335); IACUANIELLO BRUGGI (2010, 1-16).

⁴² Cfr. LUMINOSO (1987, 217-272).

⁴³ Cfr. VALENTINO (2007, 540); LUMINOSO (1990, 219).

⁴⁴ Cassazione civil 22 de agosto de 2019, n. 21588; 11 de julio de 2019, n. 18680; 30 de mayo de 2019, n. 14758; 12 de diciembre de 2017, n. 29808; 9 de octubre de 2017, n. 23617 y 5 de octubre de 2017, n. 23250.

⁴⁵ Cfr. CIPRIANI (2000, 19 y sigs.) Explica este autor que el pacto comisorio es considerado, así, un negocio en sí mismo (*patto commissorio autonomo*) con finalidad de garantía, que debe prohibirse por contener los elementos vedados en los artículos 2744 y 1963 CC.

⁴⁶ Cfr. VALENTINO (2007, 530); REALI, (2014, 579); MAZZAMUTO (2012, 570).

⁴⁷ Cfr. Cassazione civil. 28 de enero de 2015 n. 1625, previa a las modificaciones legislativas que se introdujeron tras la promulgación de la Directiva, Giovanni D'AMICO comenta esta sentencia (2017, 1 y sigs.) y afirma que el interés del pacto marciano, reconstruido por vía jurisprudencial en esta sentencia, radica en que representa un intento de identificar un supuesto en el que la intervención del acreedor para proteger sus intereses, en un claro ejercicio de autotutela, resulte explícitamente previsto (y permitido), salvaguardando al mismo tiempo los intereses del deudor.

⁴⁸ Matteo Dellacasa mostraba, ya en el año 2008, como la Corte de Casación italiana había implementado este concepto y exigía su concurrencia para que pueda prosperar el remedio de la resolución del contrato. Cfr. DELLACASA (2008, 266); cfr. tambien TRIMARCHI (2010, 66); PAGLIANTINI 2015, Disponible en <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/10/Pagliantini.pdf> Última consulta, 11 de enero de 2021; PUTTI, (2009, 1152 y sigs.).

⁴⁹ Cfr. BIANCA (2000, 130 y sigs.).

⁵⁰ Sobre el impacto de la Directiva en Italia véase SIRENA, (2016, 3 y sigs.); BARGELLI, y DONADIO, (2017, 304-328).

⁵¹ En adelante, TUB.

⁵² Artículo 120 quinquiesdecies: «*3. Fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola expressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita e' inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita e' superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non puo' essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120-quater*

4. Agli effetti del comma 3. a. il finanziatore non puo' condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola; b. se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore e' assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza; c. costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2; d. il valore del bene immobile oggetto della garanzia e' stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalita' di cui al terzo comma dell'articolo 696 del codice di procedura civile, con una perizia successiva all'inadempimento. Si aplica quanto previsto ai sensi dell'articolo 120-duodecies», DECRETO-LEGGE 21 aprile 2016, n. 72. Consultable en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/20/16G00087/sg>. Última consulta, 11 de enero de 2021.

⁵³ Art. 48 bis: «*Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'articolo 106 puo' essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore o di una societa' dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, della proprieta' di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore a norma del comma 5».* DECRETO-LEGGE 3 maggio 2016, n. 59 (convertito con modificazioni dalla L. 30 giugno 2016, n. 119, in G.U. 02/07/2016, n. 153). Consultable en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/03/16G00076/sg>. Última consulta, 11 de enero de 2021.

Cfr. D'AMICO (2017, 6 y sigs.); BARGELLI, y DONADIO, (2017, 324).

⁵⁴ «Ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 e' equiparato all'ipoteca». No aborda, sin embargo, esta norma qué derechos asisten al acreedor —por ejemplo el de acudir a un procedimiento ejecutivo ordinario—, en el caso de que el valor del bien transferido sea inferior a la cantidad adeudada, cfr. DIAZ GÓMEZ (2019, 816).

⁵⁵ BRODI, (2017, 1 y sigs.), disponible en <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/932.pdf>, Última consulta, 11 de enero de 2021.

⁵⁶ No se puede olvidar, sin embargo, que en el artículo 120-15 la remision al juez es subsidiaria en los casos en que no se haya nombrado el perito independiente, de mutuo acuerdo, por las partes.

⁵⁷ El artículo 48 bis se refiere, incluso, al supuesto de que el titular del bien estuviera inmerso en un procedimiento concursal.

⁵⁸ Existe otra norma, anterior a la transposición de la Directiva, que supone el reconocimiento normativo del pacto marciano, Decreto Legge 30 settembre 2005 n. 203 convertido con alguna modificación en la L. 2 aprile 2015 en materia de préstamo vitalicio hipotecario. Lo más destacable de esta norma es el establecimiento de un proceso de ejecución de la garantía de carácter privado que excluye el recurso al procedimiento judicial, por cuanto la entidad financiera puede poner a la venta el bien dado en garantía. El bien será valorado por perito independiente y consta la obligación de restituir el exceso, si lo hay, a la parte deudora. Lo que no existe es el pacto, puesto que se trata de una facultad prevista por la propia norma de oficio, siempre que concurren una serie de circunstancias.

⁵⁹ LUMINOSO (2017, 28); ASTONE (2017,761); CIPRIANI, (2000, 174 y sigs.); D'AMICO, (2017, 9) PAGLIANTINI (2016, 933 y sigs.); CAMPOLATTARO, (2017, 601). La jurisprudencia también había contemplado supuestos en los que se admitía el pacto marciano, cuando las partes contemplaban la devolución al deudor del exceso de valor del bien entregado en garantía, porque concurría el elemento de equidad (vease Cassazione civile 21 de mayo de 2005, n. 1273; 9 de mayo de 2013, n. 10986; 6 de octubre de 2004, n. 19950; 28 de enero de 2015 n. 1625).

⁶⁰ SSTSJ Cataluña de 18 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 977), y 28 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 2024). Con cita de otras sentencias anteriores con las que mantienen una línea continuista como las SS. del TSJCat de 31 de septiembre de 1991 (*RJ* 1992, 3912), 29 de mayo de 1991 (*RJ* 1992, 3903), 1 de febrero de 2002 (*RJ* 2019, 2024).

⁶¹ Véase nota 7, en la que se explica más extensamente el supuesto.

⁶² En el caso recogido en la Sentencia de 28 de febrero de 2019.

⁶³ Véase el discurso y las citas que contiene sobre esta cuestión el trabajo de Esperança Ginebra: GINEBRA MOLINS, (2009, 329-332).

⁶⁴ Señala el artículo 568-28 CCCat que, en lo no dispuesto por las normas sobre el derecho a redimir en la venta a carta de gracia, regirán las reglas relativas al derecho de opción. En cualquier caso, la doctrina reconoce que históricamente, lo esencial en el derecho de rendición resultante de la venta a carta de gracia era la función de garantía que normalmente desempeñaba dicha venta. Cfr. VALLE MUÑOZ, (2017, 1351).

⁶⁵ Tampoco hay una opinión unánime al respecto en la doctrina, especialmente en lo que se refiere a la opción de compra. Cfr. BOSCH CAPDEVILA, (2020, 267-271); DEL POZO CARRASCOSA, VAQUÉR ALOY, BOSCH CAPDEVILA, (2018, 533).

⁶⁶ Fundamento de Derecho segundo de la STSJC de 18 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 977). Véase, en el mismo sentido, algunas sentencias de las Audiencias catalanas: SAP Tarragona de 4 de mayo de 2018 (*JUR* 2018/128853), SAP Barcelona, de 15 de septiembre de 2020, (Id Cendoj: 08019370012020100318).

⁶⁷ A diferencia de lo que ocurre en Cataluña, la venta con pacto de retro es regulada en Navarra dentro del elenco de las garantías reales tipificadas, cfr. RUBIO TORRANO, (2020, 1994-2002).

⁶⁸ STSJ de Navarra, 26 de octubre de 1999, (*RJ* 1999, 9743). Véase también, la STSJ de Navarra, 22 de enero de 1994 (*RJ* 1994, 578).

⁶⁹ ELIZARI URTASUN, (2020, 1941-1946).

⁷⁰ TORRES LANA, (1993, 331). Señala en concreto este autor que, «*Al igual que en Derecho catalán, la existencia de lesión ha de referirse exclusivamente al contrato de opción y no prejuzga la rescindibilidad del definitivo, que en todo caso, juega con independencia. Consecuentemente, la apreciación de la lesión y su cuantificación debe referirse al momento perfectivo del contrato de opción*».

⁷¹ Artículo 51 CE: «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales». Cfr. COLLADO-RODRÍGUEZ, (2019,47). Señala DE BARTOLOMÉ que para poder dotar a la cláusula de orden público de un sentido y una función clara y estable hay que desechar la idea de catalogarlo como un límite, pues se trata, en realidad, de una cuestión de delimitación constitucional, de interpretación unitaria y sistemática de la Constitución. DE BARTOLOMÉ CENZANO, (2002, 37).

⁷² STS de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320), citada por SÁNCHEZ JORDAN, «La transmisión de la propiedad del bien hipotecado...» (2020, 56, nota 59). En la misma línea, véase la STS de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037) comentada por MARÍN LÓPEZ (MARÍN LÓPEZ, (2002, 147-171) y la RDGRN de 26 de diciembre de 2018, (*BOE* núm. 24, de 28 de enero de 2019, 7744 a 7755).

⁷³ ALBIEZ DOHRMANN (2016, 166). Consultable en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1034> (última consulta 12 de enero de 2021).

⁷⁴ *RJ* 1988, 9748. Dice literalmente el Fundamento de Derecho 18.^a: «*Porque si bien es innegable que la doctrina de esta Sala los tiene admitidos para ciertos supuestos, ello no tiene un carácter general en cuanto que en otros los rechaza*».

⁷⁵ Véase el análisis con cita de diversas sentencias contenido en las p. 140 y sigs. de la obra de SANCIÉNENA ASURMENDI, (2007).

⁷⁶ Más detalladamente explicado el supuesto de hecho en la nota 8. Cfr. STS de 21 de febrero de 2017, Cendoj: 28079110012017100108. Fundamento de Derecho 2.^b: «*La garantía atípica acordada en favor de los fiadores reúne los presupuestos del pacto comisorio y, por tanto, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por la norma, que prevé su nulidad absoluta (STS 141/2013, de 1 de marzo)*».

⁷⁷ Cfr. STS de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320). Del mismo tenor, puede verse la SAP de Burgos de 21 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 504).

⁷⁸ De acuerdo con esta versión del pacto marciano y, por estas razones, cfr. MARÍN LÓPEZ, (2015, 452).

⁷⁹ Cfr. SSTS de 19 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3429); 7 de octubre de 1997 (*RJ* 1997 V7101); 10 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1821).

⁸⁰ SAP Sevilla, de 5 de noviembre de 2015, (ECLI: ES: APSE:2015:3163). Señala el Fundamento de Derecho 4.^c que: «*En el presente caso lo que existe, en virtud de la regulación contenida en el artículo 9.2 del RD-L 5/2005 de 11 de marzo, es un pacto marciano, por el que el acreedor puede apropiarse por sí de la cosa dada en prenda...*».

⁸¹ Véase Resoluciones citadas en la nota 10 de este trabajo y, además, RRDGRN de 10 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 3840); 29 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 7646); 5 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4649); 22 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992, 6919); 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7798); 30 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 7214); 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184).

⁸² *RJ* 1991, 3138.

⁸³ *RJ* 2005, 6923.

⁸⁴ Véase también la RDGRN de 19 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 4141), en la que se incide en el hecho de que nunca debe presumirse el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva, ni esta debe aplicarse extensivamente.

⁸⁵ BOE núm. 24, de 28 de enero de 2019, 7744 a 7755.

⁸⁶ Así, señala RAMÓN DURÁN que «hacer más onerosas las garantías repercute a corto y medio plazo en una restricción del crédito y, con ello, marca una negativa impronta en la economía general, en términos de oferta y demanda», DURÁN RIVACOBA (2019, 13); véase también CELENTANI, GANUZA FERNANDEZ, GOMEZ POMAR, (2018, 37).

⁸⁷ Artículo 14 RH: «*Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba. Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.*

⁸⁸ Por todos, véase la referencia de la profesora MAS a la realidad constatable de que los derechos de adquisición mantienen su vitalidad y desempeñan en la actualidad una función importante en el tráfico jurídico (MAS BADÍA, 2020, 130-133); también lo entendía así Don Jerónimo GONZALEZ, véase DÍAZ TABOADA, (1993, 1803-1822).

⁸⁹ El contenido de la futura compraventa ya se encuentra determinado, pero sus efectos están en suspenso hasta que una de las partes lo decide dentro de un plazo determinado. Por tanto, la nota definitaria de la opción de compra es la vinculación de una sola de las partes (el concedente), a la decisión que en su momento adopte la otra parte (el optante), dentro del plazo y en las condiciones previstas en el título constitutivo. Cfr. OSSORIO y GALLARDO, (2018).

⁹⁰ Artículo 3113-1 PAPDC.

⁹¹ Ley 460 CDCFN: «*Los derechos de opción, tanteo y retracto voluntario tendrán carácter real cuando así se establezca; si se constituyen con carácter personal se regirán por las disposiciones del título II del libro IV (...).*

⁹² Artículo 568-2.2.^º Ccat: «*El ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaba en el momento de la constitución, así como la extinción de los derechos incompatibles constituidos con posterioridad sobre el bien si el derecho se había constituido con carácter real, sin perjuicio de lo establecido por la legislación hipotecaria.* BOSCH CAPDEVILA recuerda que la norma anterior al CCCat (art. 20 LSSDA) sí exigía, para que el derecho de opción tuviese naturaleza real, que se constituyese con tal naturaleza, y critica la decisión legislativa de suprimir este requisito en el Libro V del CCCat, porque convierte de nuevo en discutible la cuestión, cfr. BOSCH CAPDEVILA, (2020, 79).

⁹³ «*Es la autonomía de la voluntad la que configura un derecho de opción como personal o como real*» SANCIÉNENA ASURMENDI, (2007, 165). Esta autora se remite, a su vez, a la doctrina de SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho civil*, tomo III, vol. 2.^º, Barcelona, 1991, 458 y sigs. y de ROCA SASTRE (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Barcelona, 1942, 376-379); véase también la clasificación de las dos modalidades de opción en el trabajo de BOSCH CAPDEVILA, (2020, 51 y sigs.), quien también se remite a la autorizada opinión de ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, tomo V, Bosch, Casa Editorial SA, Barcelona, 8.^a. edición, 1994, 581), favorable a la posibilidad de considerar el derecho de opción de compra como un gravamen o carga real, al margen, o además, de la referencia al derecho personal de opción que contiene el artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

⁹⁴ RDGRN de 27 de marzo de 1947 (RJ 1947, 440).

⁹⁵ RJ 1966, 4020.

⁹⁶ Véase por ejemplo la RDGRN de 26 de abril de 2019 (RJ 2019, 1989). De todo ello da cuenta en su trabajo MAS BADÍA, (MAS BADÍA, 2020, 132, véase nota 14).

⁹⁷ Artículo 568-2 CCCat y Ley 460 CDCFN.

⁹⁸ Cfr. YSÁS SOLANES (1989, 1234).

⁹⁹ Artículo 3113-10.4 PAPDC.

¹⁰⁰ BOSCH CAPDEVILA (2020, 86 y sigs.); no parece de la misma opinión Jose Luis Valle, cfr. VALLE MUÑOZ, (2017, 1286).

¹⁰¹ Sería por tanto, aplicable a la opción de compra en garantía la dicción del artículo 12 LH y del artículo 1857.1 CCE.

¹⁰² Artículos 104 y sigs. LH. Véase DOMINGUEZ LUELMO (2019, 1169-1177).

¹⁰³ Cfr. artículo 122 LH.

¹⁰⁴ DÍEZ PICAZO y GULLÓN (2019, 153).

¹⁰⁵ Más adelante me refiero al pacto sobre el ejercicio unilateral de la opción de compra por parte del acreedor/optante.

¹⁰⁶ DOMINGUEZ LUELMO (2019, 1174), que se remite a la autorizada opinión de CÁMARA LAPUENTE (2018, 159 y sigs.).

¹⁰⁷ Estaríamos ante un supuesto de coligación negocial, en el sentido de que la causa de cada contrato es plenamente identificable y diferenciable entre sí, concurriendo dos contratos y un nexo de unión entre ellos. Así, y aun cuando se mantenga la accesoria de la garantía con respecto a la obligación principal, no tiene lugar la conformación de un solo negocio jurídico, es decir, no se anula la naturaleza y autonomía de cada uno de los contratos que mantienen su individualidad y se rigen por las normas que les son propias. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, (1993), consultable en <https://digibug.ugr.es/handle/10481/35668>, última consulta 12/1/2021.

¹⁰⁸ La RDGRN de 13 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 753) establece que «*nada impide configurar el derecho de opción como derecho real con base en el criterio de «numerus apertus» que rige en nuestro ordenamiento... Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes (...) para que un derecho acceda al Registro de la Propiedad debe reunir los requisitos establecidos al efecto por el ordenamiento jurídico y en concreto por la normativa hipotecaria.*

¹⁰⁹ Artículo 3113-1 PAPDC.

¹¹⁰ Artículo 568-6 e) y 568-12.3 CCCat.

¹¹¹ Artículo 3113-10.5 PAPDC.

¹¹² No hay que olvidar que se está analizando una opción real de compra vinculada a un contrato de crédito inmobiliario en el que el deudor o el garante es persona física, y que también puede serlo la parte acreedora. Desde la entrada en vigor de la LCCI, la protección se extiende a todas las personas físicas que ostenten la condición de deudor o garante, sean o no consumidores y, en el lado de la oferta, también a los supuestos en los que el prestamista es persona física que no actúa de manera profesional sino solo con finalidad inversora. Cfr. AGÜERO ORTIZ, (2019, 113).

¹¹³ «*Dichas normas de tasación reconocidas internacionalmente contienen principios de alto nivel que exigen que los prestamistas adopten y asuman, entre otras cosas, procedimientos adecuados de gestión de los riesgos internos y de las garantías, que incluyen sólidos procedimientos de valoración, con objeto de adoptar métodos y normas de evaluación que conduzcan a tasaciones realistas y fundamentadas de los inmuebles a fin de garantizar que los informes de tasación se elaboren con la adecuada competencia y diligencia profesionales y que los tasadores cumplan determinados requisitos de cualificación y mantengan a efectos de garantizar una documentación de tasación adecuada que sea detallada y plausible».*

¹¹⁴ Artículo 568-8.1 CCCat, Ley 461 CDCFN, y artículo 3113-9 PAPDC. Me parece especialmente acertada esta norma dispositiva que regula en defecto de acuerdo entre las partes, proveyendo, así, en todo caso al contrato de constitución de la opción de un elemento esencial, cual es el de la duración del derecho. No tan acertada la disposición contenida en el artículo 568-6 a) Ccat, que establece una duración, en defecto de pacto, de 4 años, generando un acercamiento peligroso a lo previsto en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario que, como ya se ha señalado, no rige para opción real, sino solo

para la opción de compra de naturaleza personal que pretende inscribirse en el Registro de la Propiedad. (cfr. VALLE MUÑOZ, (2017, 1264).

¹¹⁵ Modificación introducida por ley Ley Foral 21/2019, de 4 de abril.

¹¹⁶ El concepto de incumplimiento esencial del contrato de crédito ha quedado acuñado en el artículo 24 LCCI mediante la exigencia de que concurran conjuntamente los siguientes requisitos: a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses. ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo. Cfr. MARTÍN FABA 2019, 571 y sigs.); LÓPEZ DÍAZ, (2012, 13-62).

¹¹⁷ En opinión del profesor BOSCH esta es la única manera de entender la condición, que afecta al nacimiento del propio derecho de opción. De otra manera se estaría desvirtuando la esencia de este derecho, cuyo ejercicio ya no queda solamente al arbitrio del optante, sino que depende también del comportamiento del concedente/deudor. Cfr. BOSCH CAPDEVILA, (2020, 269).

¹¹⁸ Artículos 568-10.1 CCCat y 3113-14 PAPDC. No hay norma paralela, no obstante, en el derecho navarro.

¹¹⁹ Cfr. VALLE MUÑOZ, (2017, 1280). Incide este autor en el carácter dispositivo de la norma que puede modificarse mediante pacto.

¹²⁰ Cfr. artículo 27 LH, y STS de 21 de julio de 2016 (ROJ: STS 3886/2016) que señala literalmente: «el artículo 27 LH demuestra que las prohibiciones de disponer voluntarias que tengan su origen en contratos onerosos carecen de eficacia jurídico-real: cabalmente por eso tales prohibiciones no tiene acceso al Registro [STS 840/1993, de 26 de julio (Rec. 267/1991) y 25/2001, de 17 de enero (Rec. 2889/1995)]».

¹²¹ Cfr., entre otras, RDGRN 6 de noviembre de 2013 (*BOE* 297, 12 de diciembre de 2013, 12960).

¹²² Cfr. además de la Resolución citada en la nota anterior, RRDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971), y 5 de septiembre de 2013 (*BOE* 238, 4 de octubre de 2013, 10352).

¹²³ Cfr. RDGRN de 22 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 5365). MAS BADÍA señala que la doctrina mayoritaria se muestra conforme con el criterio de la Dirección General, y cita, en contra, a CHICO Y ORTIZ (1982, 87) y a RAMÓN CHORNET, (1989, 311 y ss). Cfr. MAS BADÍA, (2020, 162).

¹²⁴ Artículo 568-12. CCCat.

¹²⁵ Ley 461 CDCFN.

¹²⁶ Aunque no se podría obviar el supuesto de un embargo proveniente de deudas anteriores a la garantizada, que se anote en el Registro con posterioridad a la inscripción de la opción.

*Trabajo recibido el 21-1-2021 y aceptado
para su publicación el 22-3-2021*