

abril, y 20 de noviembre de 2000; 18, 19 y 25 de octubre de 2001; 29 y 30 de noviembre de 2002, por lo que podemos considerar que se ha puesto fin a las dudas en torno a esta materia, aunque, no obstante, nos seguimos sorprendiendo al encontrar calificaciones negativas por parte de los Registradores.

MARÍA GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA

VENTA CON CONDICION RESOLUTORIA. INEXISTENCIA DE PACTO COMISORIO. DISTRIBUCION DEL PRECIO.—SE VENDEN OCHO PARCELAS CON EL PACTO DE QUE LA SOCIEDAD VENDEDORA PODRA RECUPERARLAS EN EL PLAZO QUE SE FIJE, MEDIANTE EL REEMBOLSO DEL PRECIO Y LOS GASTOS NECESARIOS Y UTILES. LA DIRECCION GENERAL CONSIDERA QUE NO SE TRATA DEL PROHIBIDO PACTO COMISORIO PORQUE NO HAY DATOS QUE PUEDAN REVELARLO, NI DEBE PRESUMIRSE EL HECHO APLICANDO EXTENSIVAMENTE LA NORMA PROHIBITIVA. TAMPOCO SE PRECISA LA DISTRIBUCION DEL PRECIO DE CADA PARCELA, PUES NO SE EXPRESA SI EL RETRACTO SE PUEDE EJERCITAR EN GLOBO O POR PARTES. (RESOLUCIÓN DE 19 DE FEBRERO DE 2002. BOE DE 17 DE ABRIL DE 2002.)

RESOLUCION de 19 de febrero de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Talavera de la Reina número 1, doña María del Carmen de la Rocha Celada, a inscribir la escritura de segregación y compraventa en virtud de apelación de la señora Registradora.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Talavera de la Reina número 1, doña M.^a del Carmen de la Rocha Celada, a inscribir la escritura de segregación y compraventa en virtud de apelación de la señora Registradora.

Hechos.—I. El 29 de septiembre de 1998, ante el Notario de Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, P. S. L. otorgó escritura de segregación y compraventa de ocho fincas rústicas radicadas en el paraje «Las Córdoba», de Talavera de la Reina, a favor de «M. L. G. y C.» por el precio conjunto de quince millones de pesetas, estableciéndose, entre otras, las siguientes estipulaciones: «Sexta. La parte compradora asume la obligación de vallar el perímetro de las fincas adquiridas con valla metálica, cuyo coste de obra se determinará con factura detallada de la empresa instaladora, especializada en este tipo de obras, de la zona. Séptima. Pacto de Retro. Pactan expresamente las partes que la parte vendedora podrá recuperar las parcelas vendidas, reembolsando a la compradora el precio de la venta y los gastos necesarios útiles hechos en las parcelas vendidas. El plazo máximo para que la vendedora pueda ejercitar este derecho será el de un año contado a partir del día de hoy, debiendo notificar el ejercicio de su derecho, por lo menos quince días antes del vencimiento, de forma fehaciente. Asimismo satisfará la vendedora, caso de ejercer su derecho de recompra, el importe del vallado más los intereses legales del mismo y del precio recibido. Y por diligencia: «El mismo día de la escritura precedente, los

comparecientes, según intervienen, manifiestan: 1. Que para el caso de que la sociedad vendedora ejercitase su derecho de recompra y procediera a la venta de las parcelas a un tercero, la parte compradora tendrá un derecho preferente a la compra de las mismas, para lo que la Sociedad vendedora le notificará de forma fehaciente, lo siguiente: Nombre del comprador. Precio de la transmisión y plazo para ejercer el derecho preferente. El plazo de vigencia de este derecho no podrá ser superior a cuatro años. Los comparecientes, según intervienen, consienten y solicitan del señor Registrador de la Propiedad la constatación tabular de la presente».

II. Presentada copia autorizada de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina número 1, fue calificada con la siguiente nota: «Prevía calificación de la Registradora que suscribe, deniega la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos: En cuanto al pacto de retro de la estipulación séptima, porque el comprador más que adquirir un verdadero dominio temporal y resoluble sobre las fincas, parece procurarse una garantía sobre ellas, vulnerando la prohibición del pacto comisorio establecido en nuestro Ordenamiento Jurídico. 1.º Porque se añade al precio de la venta y a los gastos necesarios, otro importe más —el del vallado—, que puede encubrir pago de intereses, independientes de los intereses legales. 2.º Porque la recuperación futura del dominio por parte del vendedor, en el caso de que pudiera recuperar las fincas, no es plena, sino que está condicionada por el derecho preferente que por diligencia se establece para el caso de que el retrayente vendiera las fincas dentro del plazo de cuatro años. 3.º Porque existe una desigualdad visible entre los derechos y obligaciones de los contratantes. Por lo que se refiere a la estipulación sexta por ser de carácter obligatorio. Por no estar distribuido el precio entre las fincas exigido por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Por no estar actualizada la licencia de segregación al tener fecha de 22 de marzo de 1994 y ser la escritura de fecha 29 de septiembre de 1998, existiendo un Plan General de Urbanismo aprobado entre ambas fechas. Y siendo el primero de los defectos señalados en cuanto al pacto de retro insubsanable, se deniega la inscripción. Contra la presente nota podrá interponerse recurso gubernativo dentro del plazo de tres meses a contar de la fecha de la nota por medio de escrito dirigido al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, conforme a lo dispuesto en el artículo 113 y concordantes del Reglamento Hipotecario. Talavera de la Reina, a 1 de julio de 1999. La Registradora. Fdo.: M.ª del Carmen de la Rocha Celada».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, efectuando las siguientes alegaciones: Que no se entiende el porqué de la afirmación, por parte de la Registradora, de que el comprador, mas que adquirir un verdadero dominio temporal y resoluble, parece procurarse una garantía sobre las fincas vulnerando la prohibición del pacto comisorio. El que se añada, para el caso de que el vendedor ejercite su derecho de recompra, la obligación, por parte de éste, de abonar el vallado de la finca que se compromete a realizar el comprador, no es más que la determinación de uno de los gastos útiles a que hace referencia el artículo 1.518.2 del Código Civil, y ello para evitar posibles interpretaciones de cuáles gastos son útiles y cuáles no, por lo que derivar de ello un pacto comisorio que puede incluir pago de intereses es otorgar al apartado del mencionado artículo del Código Civil la misma calificación, porque aunque no se estableciera en la escritura dicha obligación, sí lo estaría por dicho precepto. Que lo único que

se pretende es que si el vendedor quiere ejercer su derecho de recompra pueda discutir la consideración de gasto útil a cualquier otro que haya realizado el comprador, pero no el de vallado de la finca, que para el comprador es no sólo útil sino necesario. Que si el vendedor ejercita su derecho recupera plenamente la finca para sí, y únicamente concede un derecho al comprador, para que si, en el plazo de cuatro años decide vender a otro esa finca que le ha retraído, le tenga que dar la posibilidad de volverla a comprar en las mismas condiciones que libremente el retrayente ha pactado con el nuevo comprador. Que no hay en esta estipulación ningún condicionamiento al derecho de recompra que tiene el vendedor. Que lo existe es un doble condicionamiento al derecho preferente de adquisición que por la diligencia se establece a favor del comprador actual, siendo la primera condición que el vendedor ejercite el retracto —al que no pone ninguna limitación—, y la segunda, que venda la finca retraída antes de cuatro años. Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de septiembre de 1966, permite la inscripción de un derecho de preferente adquisición si se prevén todas las circunstancias de su ejercicio y no tiene carácter indefinido. Que en cuanto a la desigualdad visible entre los derechos y obligaciones entre los contratantes, el Notario recurrente nada puede alegar debido a la falta de concreción del Registrador. Que en cuanto a la estipulación sexta, es claro que es de carácter obligacional. Que el hecho de que no se distribuya el precio entre las fincas exigido por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria es, en primer lugar, porque no existe un precio aplazado en la compraventa, único supuesto en el que se exige; y para el caso de que se utilice el derecho de retracto por el vendedor, como unánimemente tiene establecido la jurisprudencia, el precio se habrá de entregar en su totalidad, no son admisibles pagos aplazados en el ejercicio del derecho de retracto (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1982). Que lo que se transmite, aunque sean una pluralidad de fincas, es una unidad de explotación cuyo precio se determina en conjunto, siendo imposible valorar el de cada una de ellas independientemente del resto, siendo éste uno de los motivos de que no exista precio aplazado. Que, además, corrobora la imposibilidad de ejecución parcial del derecho de retracto en el supuesto de la escritura comentada, el artículo 1.513 del Código Civil. Que por lo que respecta a la actualización de la licencia de segregación, se adjunta escrito presentado al Ayuntamiento de Talavera de la Reina por el que se solicita que se certifique la vigencia de la licencia.

IV. La Registradora de la Propiedad, en su informe de defensa de la nota, argumentó lo siguiente: Que, en cuanto al primer defecto, porque de la lectura de la escritura calificada y de sus estipulaciones se desprende que estamos ante un contrato de préstamo encubierto bajo la apariencia de una venta con pacto de retro que vulnera la prohibición del pacto comisorio y su inscripción, vigente en nuestro ordenamiento, tal como confirman los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil y reiterada jurisprudencia. Que si se examinan los requisitos distintivos que la doctrina y la jurisprudencia consideran que han de tenerse en cuenta por diferenciarlos: La comprobación de si el precio de la venta es o no real, que la finalidad contractual es aparente y la existencia de desigualdad de los derechos y obligaciones de los contratantes, se comprueba que todos ellos existen en la escritura calificada. Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 10 de junio de 1986, en su tercer considerando establece como requisito de la existencia del pacto comisorio, favorecedor del fraude, que «las cosas ofrecidas en garantía reciban una

valoración muy inferior a los valores reales». La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 18 de octubre de 1994, habla de que en estos casos el precio es sólo aparente. Que del examen de la finalidad contractual se comprueba que al precio de venta se le añade otro precio, el del vallado —que se quiere defender como necesario, cuando en realidad se impone como obligatorio, ya que si se califica como necesario, sólo se exigiría y se realizaría el gasto, cuando surgiera la necesidad, no antes—, que encubre pago de intereses porque además de exigirse como obligatorio, de una simple operación aritmética de multiplicar metros de vallado de cerramiento de ocho parcelas de más de una hectárea por el precio de cualquier tipo de cierre resulta un precio superior al precio de venta declarado en la escritura, que además de incongruente resulta usurario, dado el tiempo establecido, un año, para el ejercicio del derecho de retracto (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1989). Que de todo lo anterior se deriva que existe una clara y precisa desigualdad entre los derechos y obligaciones de los contratantes, requisito para apreciar la existencia del pacto comisorio ya recogido por la Resolución de 29 de mayo de 1927, y además porque si el vendedor ejercita el retracto, el vendedor no recupera la cosa vendida en el ser y estado que tenía al tiempo de la venta, pues la recibe con un cerramiento cuyo pago se le impone y con la carga de no poder venderla libremente a quien le interese en cuatro años, por lo que favorece que el comprador, en este caso acreedor, se apropie definitivamente del bien dado en garantía (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 5 de junio de 1991 y 10 de junio de 1986). Que se mantiene el segundo defecto de no estar distribuido el precio entre las fincas, como exige el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, porque el pacto de retro lleva implícito un aplazamiento del precio de venta. Que se mantiene el defecto en cuanto a la Licencia de Segregación, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley 2/98, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en relación con el artículo 66 del mismo cuerpo legal, y Real Decreto de 4 de junio de 1997.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha estimó parcialmente el recurso interpuesto con revocación de la nota de denegación de la inscripción y mantenimiento del cuarto defecto.

VI. La Registradora de la Propiedad apeló el auto presidencial manteniéndose en esencia en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.506 a 1.520 y 1.859 y 1.884 del Código Civil, y 10 y 11 de la Ley Hipotecaria, así como las Resoluciones de este Centro Directivo de 5 de junio de 1991, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 13 de marzo de 2000.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes: Se presenta en el Registro una escritura por la que la sociedad propietaria de una finca segrega de la misma ocho parcelas y las vende a otra sociedad por precio total de quince millones de pesetas, estableciéndose el siguiente pacto: «Pacto de retro. Pactan expresamente las partes que la parte vendedora podrá recuperar las parcelas vendidas, reembolsando a la compradora el precio de venta y los gastos necesarios y útiles hechos en las parcelas vendidas. El plazo máximo para que la vendedora pueda ejercitar este derecho será el de un año contado a partir del día de hoy, debiendo notificar el ejercicio de su derecho, por lo menos quince días antes del vencimiento, de forma

fehaciente. Asimismo satisfará la vendedora, caso de ejercer su derecho de recompra, el importe del vallado (que la compradora se había obligado a realizar), más los intereses legales del mismo y del precio recibido». «Para el caso de que la sociedad vendedora ejercitare su derecho de recompra y procediera a la venta de las parcelas a un tercero, la parte compradora tendrá un derecho preferente a la compra de las mismas, para lo que la sociedad vendedora le notificará de forma fehaciente, lo siguiente: Nombre del comprador. Precio de la transmisión y plazo para ejercer el derecho preferente. El plazo de vigencia de este derecho no podrá ser superior a cuatro años». La Registradora deniega la inscripción por los siguientes defectos —aparte de otros no recurridos—. «En cuanto al pacto de retro de la estipulación séptima, porque el comprador más que adquirir un verdadero dominio temporal y resoluble sobre las fincas, parece procurarse una garantía sobre ellas, vulnerando la prohibición del pacto comisorio establecido en nuestro Ordenamiento Jurídico. 1.º Porque se añade al precio de la venta y a los gastos necesarios, otro importe más —el del vallado—, que puede encubrir el pago de intereses, independientes de los intereses legales. 2.º Porque la recuperación futura del dominio, por parte del vendedor, en el caso de que pudiera recuperar las fincas, no es plena, sino que está condicionada por el derecho preferente... para el caso de que el retrayente vendiera las fincas dentro del plazo de cuatro años. 3.º Porque existe una desigualdad visible entre los derechos y obligaciones de los contratantes. Por no estar distribuido el precio entre las fincas exigido por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria». Recurrida la calificación, el Presidente del Tribunal Superior estima el recurso en cuanto a los defectos anteriormente expresados. La Registradora apela el auto presidencial.

2. Es cierto, como dice la Registradora, y ha repetido esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en el «vistos»), que el pacto comisorio está prohibido en nuestro Ordenamiento cuando un contrato cumple funciones de garantía. Ahora bien, en el presente supuesto no hay datos que puedan hacer concluir que existe tal función, por lo que, si se tiene en cuenta, como ha dicho también este Centro Directivo (cfr. Resolución de 13 de marzo de 2000), que no puede presumirse el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva, ni ésta aplicarse extensivamente, el defecto debe decaer.

3. En cuanto al defecto de falta de distribución del precio entre las fincas transmitidas, y descartada la función de garantía en la transmisión, para su estudio es preciso analizar los dos derechos de retracto que se establecen en la escritura. El primero de ellos es un retracto convencional como consecuencia del ejercicio del pacto de retro, y el segundo, un derecho de adquisición, también convencional, para el caso de que se ejercite el primero por el vendedor y, después, durante el plazo de cuatro años que se establece, se vendan las parcelas a un tercero. En el primero no es necesaria la distribución, pues ello sólo sería así si se estableciera expresamente —cosa que no se hace— que tal derecho puede ejercitarse aisladamente por cada finca, y, aunque se trata de una condición resolutoria de la venta (cfr. art. 1.506 del Código Civil), no es una resolución por falta de pago, supuesto en el que sí sería necesaria tal distribución (cfr. art. 11 de la Ley Hipotecaria).

4. En cuanto al segundo de los derechos de adquisición establecidos, no se expresa si tal derecho puede ejercitarse o no aisladamente por cada finca, pero este Centro Directivo no puede entrar en tal cuestión, dado el estrecho cauce en que se mueve el recurso (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario). Pero, incluso en el supuesto de que se entendiera que tal retracto puede

ejercitarse aisladamente, es decir, finca por finca, tampoco es necesaria la distribución del precio, pues en tal supuesto el que tendría que pagar el retrayente sería el satisfecho por la venta, independientemente del precio por el que la finca se transmitió la primera vez.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial.

Madrid, 19 de febrero de 2002.—La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto del comentario se centra en que *«en el retracto convencional, consecuencia del ejercicio del pacto de retro, no es necesaria la distribución del precio entre las fincas transmitidas, pues ello sólo sería así si se estableciera expresamente —cosa que no se hace— que tal derecho puede ejercitarse aisladamente por cada finca, y aunque se trata de una condición resolutoria de la venta no es una resolución por falta de pago, supuesto en el que sí sería necesaria tal distribución»*.

En cuanto al derecho de adquisición convencional, para el caso de que se ejercite el primero por el vendedor, y después durante el plazo de cuatro años que se establece, se vendan las parcelas a un tercero, tampoco es necesaria la distribución del precio, puesto que el que tendría que satisfacer el retrayente sería el satisfecho por la venta, independientemente del precio por el que la finca se transmitió la primera vez».

En la resolución objeto de comentario se parte de la existencia de una compraventa con pacto de retro de ocho fincas rústicas por el precio conjunto de 15 millones de pesetas. Se establecía en dicho contrato, como obligación de la compradora, el vallado del perímetro de las fincas adquiridas con valla metálica, «cuyo coste de obra se determinará con factura detallada de la empresa instaladora, especializada en este tipo de obras, de la zona».

El pacto de retro se establecía por un período máximo de un año, durante el cual la parte vendedora podía readquirir las parcelas reembolsando a la compradora el precio de adquisición y los gastos necesarios útiles hechos en las parcelas vendidas, entre los que se encuentra el vallado más los intereses legales del precio.

Junto a dicho pacto se establece en la misma escritura que si la sociedad vendedora ejercitase dicho pacto de retro y a su vez, procediera a la venta de las parcelas a un tercero, la parte compradora tendrá un derecho preferente a la compra de las mismas para lo que la sociedad vendedora lo notificará de forma fehaciente, señalando el nombre del comprador, el precio de la transmisión y el plazo para ejercer el derecho preferente. Este derecho tiene un plazo de vigencia limitado a cuatro años.

La Registradora de la Propiedad de Talavera de la Reina deniega la inscripción de la citada escritura por varios defectos que van a ser, a su vez, atacados por el Notario autorizante, y sobre los que va a versar el presente comentario. A saber:

- Naturaleza jurídica del pacto de retro.
- Relaciones entre la compraventa con pacto de retro y el negocio simulado encubridor de un verdadero préstamo. En el caso que estamos estudiando debemos tener en cuenta, como señala acertadamente la Registradora, que junto con el precio de venta y los gastos necesarios se añade otro más importante que es el del vallado, que puede encubrir el pago de intereses, independientes de los intereses legales, obligatorios en el pacto de retro.
- Existencia de una garantía que vulnera la prohibición del pacto comisorio existente en nuestro ordenamiento jurídico.
- Cuestiones en relación con la inexistencia de distribución del precio entre las fincas, tanto en relación con el pacto de retro, como en relación con el posterior derecho de adquisición preferente convencional.

I. El primero de los defectos señalados se centra en la propia *naturaleza jurídica del pacto de retro realizado*, cuestión muy discutida doctrinal y jurisprudencialmente durante el último siglo, que según la Registradora se lleva a cabo no como «adquisición de un verdadero dominio temporal y resoluble sobre las fincas» sino como una garantía, en cuyo caso se vulneraría la prohibición del pacto comisorio existente en nuestro ordenamiento jurídico (1).

Estudiar la venta con pacto de retro conlleva el análisis de la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial del *negocio fiduciario*, a fin de exponer las diferencias entre ambas instituciones.

En cuanto a la evolución doctrinal, cabe señalar que en un primer momento se siguió la *teoría del doble efecto*, según la cual dicho negocio está formado por un contrato complejo cuya *estructura jurídica* esta integrada por otros dos interdependientes, uno *real* y otro *obligacional*. A través del mismo se *transfería la plena titularidad de un derecho*. El adquirente (fiduciario) se obliga a volver a transmitirlo, al enajenante (fiduciante) o a un tercero, una vez conseguido el fin económico —que suele ser el cumplimiento de la obligación asegurada— (*pactum fiduciae*). Según esta teoría resulta importante constatar que no cabe estimar que el fiduciante siga siendo verdadero dueño de la cosa. El contrato fiduciario se confirma como un nuevo instrumento para articular en la práctica la obligación del fiduciario de reponer formalmente a aquél en la posesión de la cosa, pues se ha operado una auténtica transmisión de la cosa basada en la buena fe y con atribución real de la titularidad dominical al fiduciario.

Posteriormente, como consecuencia de las cuestiones que se suscitaban en relación con la aplicación de esta teoría en un sistema causalista como es el nuestro, se adoptó una variante, según la cual *el fiduciante retiene la propiedad material de la cosa confiada, entregando al fiduciario la propiedad formal*. De manera que la transmisión de la propiedad se entiende limitada a la eficacia externa y condicionada a su finalidad fiduciaria.

(1) Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I., «El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado» (Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado), en *RCDI*, núm. 644, 1998, págs. 57 a 116; «Aspectos cuestionables en torno al pacto de retro. Comentario a la STS de 19 de septiembre de 1997», en *RDP*, junio de 1999, págs. 488 a 496, y *El derecho de retracto convencional* (Estudio de la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la jurisprudencia menor, y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado), Lex Nova, 2002.

Por lo que respecta a la evolución jurisprudencial, cabe señalar que no es continua. Se inicia con el reconocimiento de la existencia de la teoría del doble efecto del negocio fiduciario (STS de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944, 23 de febrero de 1951, 3 de mayo de 1955, 7 de junio de 1955, 31 de octubre de 1955, 22 de mayo de 1956, 10 de julio de 1957, 5 de diciembre de 1959) pero no de forma tajante, pues a la vez también se reconoce de forma cautelosa la consideración de la propiedad formal del fiduciario (RDGRN de 14 de junio de 1922, STS de 23 de mayo de 1935, STS de 8 de marzo de 1957, STS de 8 de marzo de 1963, STS de 30 de octubre de 1965 donde el TS es consciente de que no puede existir transmisión de la propiedad, aunque sea de modo temporal, en un negocio fiduciario, pues su causa es la garantía de obligaciones (la *causa fiduciae* es la garantía o afianzamiento del débito). Sin olvidarnos de que en otras ocasiones el TS (STS de 3 de mayo de 1955) entiende desde los postulados de la teoría del doble efecto del negocio fiduciario, que la titularidad del fiduciario no es apta para adquirir por usucapión ordinaria, dado que no estaba poseyendo en concepto de dueño.

Con posterioridad, cuando la doctrina científica es unánime en desechar la teoría del doble efecto del negocio fiduciario, la jurisprudencia del TS continúa recogiendo todos y cada uno de los requisitos esenciales de dicha teoría: tales como la verdadera existencia de transmisión plena del dominio y la obligación de retransmitir una vez cumplida la obligación garantizada como consecuencia del efecto obligatorio (STS de 27 de junio de 1980, 6 de abril de 1987).

El cambio se inicia en torno a los años ochenta, cuando con carácter expreso se señala la superación de la teoría del doble efecto del negocio jurídico (2 de junio de 1982 y 8 de marzo de 1988) y de hecho comienza a mencionarse la existencia de una titularidad formal —el dominio transmitido es limitado y el poder atribuido al fiduciario le impide comportarse como verdadero dueño— (STS de 9 de diciembre de 1991), e incluso se insiste en el limitado alcance real de la transmisión, ya que la cosa en realidad no ha salido del patrimonio del fiduciante (STS de 19 de mayo de 1989, STS de 6 de julio de 1992).

La importancia del estudio del negocio fiduciario tiene también importancia a los efectos de su distinción con la compraventa con pacto de retro. Pues al utilizarse y encajarse, en un primer momento, que coincidió con el de mayor esplendor de la figura, la compraventa con pacto de retro, como una venta en garantía inserta en el negocio fiduciario, la jurisprudencia se esforzó en determinar la verdadera calificación del negocio fiduciario a través de diversas operaciones, como la de la concreción del supuesto de hecho, la de desentramar la verdadera intención de los otorgantes, y en base a ello la calificación del negocio. De este modo, *la propia jurisprudencia ha determinado que la causa del negocio fiduciario es la garantía de una deuda anterior existente entre las partes, y no la transmisión de la propiedad, en cuyo caso habrá compraventa con pacto de retro.*

El mencionado sector doctrinal que en su día encajó la compraventa con pacto de retro como negocio fiduciario entendió que su causa consistía en la *transmisión de fincas en garantía de una deuda*. A su juicio, la importancia del estudio del negocio fiduciario con la compraventa con pacto de retro se debe a que el primero puede encajarse como una enajenación con un pacto disimulado —el de retroventa—.

Precisamente en los últimos años, la labor jurisprudencial ha tenido como fin determinar la calificación del negocio, insistir en la titularidad formal del

fiduciario, y en consecuencia señalar que la causa del negocio fiduciario es la garantía y no la transmisión de la propiedad en cuyo caso habrá compraventa con pacto de retro. (Habrà negocio fiduciario en las SSTs de 27 de junio de 1980, 9 de diciembre de 1981, 24 de enero de 1983, 22 de diciembre de 1988, 7 de mayo de 1991, 6 de junio de 1992, y compraventa con pacto de retro o a carta de gracia en la STS de 3 de mayo de 1976, y en la sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de mayo de 1991.)

La utilización de la «venta en garantía» supone, además de la creación de una titularidad fiduciaria, la transmisión al fiduciario de un poder en la cosa confiada (irrevocable por el fiduciante en interés del fiduciario). Enajenación de poder que no puede fundarse en una venta, ya que ésta es inválida al faltarle su propia causa, sino que se funda en el pacto fiduciario extraño a la escritura de venta, por el que se pone la cosa confiada en poder y posesión del fiduciario a fines de garantía. De ahí que la situación fiduciaria no pueda considerarse separadamente del préstamo concedido: la venta de la finca al fiduciario supone, por sí misma, una garantía para el prestamista. De modo que en realidad no hay compraventa con pacto de retro. (Debemos tener presente que en la *venta en garantía* no hay una verdadera venta, porque no hay precio. El «enajenante» se obliga a devolver tanto como recibió en un momento anterior. En la *compraventa con pacto de retro*, si hay una verdadera venta, y en ella el vendedor se reserva una facultad jurídica: la de recuperar la cosa pagando el precio y demás gastos o reembolsos dentro del plazo pactado. El vendedor no contrae ninguna obligación, ni tampoco tiene porqué ser un deudor anterior del comprador.)

Conclusión, deberá calificarse el negocio de compraventa con pacto de retro si de la voluntad de las partes las pruebas evidencian que se quiere transmitir el dominio mediante precio. Si aparece la existencia de garantía, nunca habrá compraventa porque no hay transmisión ni siquiera eventual.

La cuestión en torno a la naturaleza del pacto de retro y su consideración como garantía es, en realidad, una cuestión de prueba, y como es natural de gran dificultad, pues implica conocer la verdadera voluntad de los otorgantes.

II. En cuanto al segundo de los puntos a tratar está el de las relaciones entre la compraventa con pacto de retro realizada y la existencia de un negocio simulado basado en un préstamo.

Resulta conveniente analizar las relaciones entre la *venta con pacto de retro* y el *negocio simulado* desde el punto de vista jurisprudencial. El motivo de que se utilice la venta con pacto de retro, a fin de encubrir un préstamo, se encuentra en que con la transmisión de la propiedad lo que se persigue es la garantía de la devolución del precio: se busca una garantía real.

Principalmente existe un *contrato de compraventa con pacto de retro* encubriendo un préstamo cuando el fundamento o causa del negocio o pacto se encuentra en «procurarse una garantía» más que en «adquirir sobre el inmueble un verdadero dominio temporal y resoluble».

La *circunstancia esencial* es la transferencia de la propiedad (con carácter absoluto y pleno aunque revocable), pero sobre todo la recuperación futura del dominio. Su elemento esencial es el pacto de un término, transcurrido el cual, el vendedor devuelve el precio de la cosa vendida y demás reembolsos, readquiriendo la propiedad de la misma. Todo ello independientemente de que se hayan pactado intereses además del pago del precio para retraer, pues «ese particular no afecta a la esencia del contrato» ... «pudiendo convenirse como merced o compensación por haber continuado la finca en la posesión del

vendedor...»; consecuencia del carácter convencional del pacto de retro, pues las partes pueden pactar cuantos requisitos consideren oportunos.

El que vende con pacto de retro trata ciertamente de obtener una cantidad de dinero, pero no queda obligado a devolver la cantidad recibida; no surge ningún derecho de crédito contra él; el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y sólo si hace uso de ella es cuando deberá efectuar la devolución del precio, pero en tanto el vendedor no quiera hacer uso de esa facultad recuperatoria, el comprador no puede compelerle a que reintegre cantidad alguna. En cambio cuando se quiere instrumentalizar, la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, sí que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor (además, en tal caso, el precio sólo es aparente, la transmisión dominical sólo obedece a esa finalidad de garantía y ello carece de virtualidad para justificar el efecto traslativo).

En relación con los *requisitos distintivos y esenciales del contrato de préstamo encubierto bajo la apariencia de una venta con pacto de retro*, debemos tener en cuenta la finalidad contractual, y, además, determinar los elementos que integran el contenido del contrato. Entre otros deben analizarse circunstancias tales como que el precio de venta que consta en la escritura pública aparece, a su vez, en documento privado como capital entregado con un interés, y donde se señala la forma y plazos en los que debe entregarse el capital y los intereses. Préstamo que tendrá el carácter de *usurario* cuando el interés sea superior al del dinero fijado como normal por el TS, o, cuando la cantidad entregada como pago de las fincas resulte ser inferior a la estimación parcial de las mismas. Y, sobre todo, cuando la situación personal del vendedor sea calificada como de angustiosa, o como de estado de necesidad civil que hubiese mediatizado su libre discernimiento.

Otro requisito diferenciable de ambas instituciones se basa en que el prestatario con garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando liberada la garantía que era accesorio del préstamo y que no pasa automáticamente a poder del acreedor, como ocurre en la compraventa con pacto de retro al no verificarse el retracto en su tiempo, sino que tratándose de préstamo incluso con plazo pactado habría de perseguirse la garantía, una vez denunciada y probada la falta de pago del capital e intereses objeto del préstamo.

La posible utilización de la venta con pacto de retro a fines de garantía, no obstaculiza su existencia. De modo que es posible sostener la verdadera existencia de la venta con pacto de retro en aquellos casos en los que las partes, conociendo y sin desaprovechar la invalidez de garantía que cumple la figura, quieren realmente la transmisión de la finca.

III. La cuestión a analizar se centra en si la compraventa con pacto de retro realmente *envuelve un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico*. Lo cuál es igualmente una cuestión de prueba. El Notario arguye que la inclusión de la obligación de vallar conlleva la obligación de su pago si se ejercita el retracto sobre la base de su consideración como un gasto útil y necesario (vid. art. 1.518-2.º del Código Civil) (2).

(2) Últimamente la DGRN ha formulado dos Resoluciones con relación al pacto comisorio, aunque en relación con otras instituciones jurídicas, como es el caso del derecho de opción, y el caso de la dación en pago.

Una de ellas es la RDGRN de 26 de marzo de 1999. En ella se establece que «si bien es cierto que las cláusulas relativas al modo de pago, en caso de ejercicio de la op-

La Registradora acertadamente señala dicho pago «encubre el pago de intereses porque además de exigirse como obligatorio, de una simple operación aritmética de multiplicar metro de vallado de cerramiento de ocho parcelas de más de una hectárea por el precio de cualquier tipo de cierre resulta un precio muy superior al precio de venta declarado en la escritura, que además de incongruente resulta usurario, dado el tiempo establecido de un año para el ejercicio del derecho de retracto».

No debemos olvidar que entre las facultades del vendedor se incluyen: la de ejercitar su derecho de retracto, el cual al cumplirse en forma, hace que se repongan las cosas al estado que tenían antes de la venta, para lo cual debe entregar las cantidades correspondientes establecidas por imperativo legal.

ción, revelan que este derecho se ha constituido en función exclusiva de garantía de un crédito, lo que conculcaría la prohibición del pacto comisorio en nuestro Derecho, no lo es menos que al estar inscrito tal derecho, el Registrador ha de partir de su validez presunta (art. 38 LH), en tanto no se declare su ineficacia en los términos legalmente prevenidos (art. 1 y 18 LH). Ahora bien, una cosa es el respeto a la validez del derecho inscrito y otra bien diferente es la pretensión de eficacia erga omnes de cualesquiera cláusulas estipuladas con ocasión de su constitución. Sólo en la medida en que dichas cláusulas delimiten el contenido del derecho real inscrito, tendrán aquéllas el alcance inherente a este último, más si su carácter fuera puramente personal, bien por su naturaleza, bien por deducirse así del contenido del pacto, no se alteraría ésta por el hecho de su inscripción y sólo podrían desenvolver su eficacia en el restringido ámbito de quienes la estipularon, y esto es lo que ocurre en el caso debatido con la cláusula por la que se faculta al optante para pagar parte del precio de la compra mediante la entrega de un pagaré, pues siendo ésta la representación de un préstamo que el concedente recibió del optante al tiempo de la constitución del derecho de opción, tal cláusula equivale a una previsión anticipada del juego de la compensación que por lo mismo sólo estaría llamada a operar cuando optante y concedente sean respectivamente acreedor y deudor de los dos créditos en cuestión, el representado por el pagaré y el correspondiente al precio de compra si se ejercita la opción. Por otra parte, siendo el titular de ese crédito en dinero que representa el precio de la compra en caso de ejercicio de la opción, quien en ese momento sea propietario del bien, y siendo titular pasivo de esa deuda el optante, en modo alguno puede admitirse la eficacia frente a aquél de la previsión que le impone recibir como pago aquel crédito preexistente que su deudor tenía contra el concedente, pues ello equivaldría a admitir un pacto en el que se estipulase que el pago anticipado del precio hecho por el optante a quien llegado el momento del ejercicio de la opción no resulta ser el titular legítimo de tal crédito, exime al pagador de tener que reiterar el pago al verdadero acreedor, correspondiendo a éste reclamar el cobro del precio de quien lo reciba anticipadamente lo que es incompatible con el esquema del desenvolvimiento de un derecho de opción».

Por otro lado, la *Resolución de 13 de marzo de 2000*, de dación en pago de una deuda, afirma que «realmente es difícil la solución del problema planteado, pues es cierto, como dice el Registrador, que las leyes, la jurisprudencia y la doctrina asimilan en muchas ocasiones la naturaleza jurídica de la compraventa y dación en pago y, si se realiza la misma sometida a la condición suspensiva de la falta de pago, puede darse la situación de un pacto comisorio. Ahora bien, no todo pacto comisorio está permitido. En el presente supuesto, la dación en pago más que garantía de un préstamo impuesta por el prestamista tiene una finalidad solutoria, puesto que, por una parte, la deuda está ya vencida y es exigible; por otra, el hecho de que la misma esté sometida a diversas condiciones suspensivas y el alargamiento del plazo por los acreedores revela que lo querido por los mismos es el pago de lo que se les adeuda, y no el abuso de su posición, que se podría haber dado con más claridad si no existiera la condición, pudiendo añadirse finalmente que el supuesto de hecho que da lugar a la explicación de una norma prohibitiva no puede presumirse ni ésta aplicarse extensivamente».

Ejercicio que es un negocio jurídico unilateral en virtud de los poderes contenidos en el primitivo contrato (3).

En cuanto a las cuantías a consignar es necesario que el primitivo comprador precise cuál es el importe exacto que debe el vendedor reembolsar para la válida retroadquisición. No sólo el precio sino también los gastos de legítimo abono. Aunque también basta con que se ofrezca el precio principal, o su consignación, antes del vencimiento del retracto establecido, pudiendo concretarse el resto en un momento posterior. El precio que debe consignarse es el conocido por el retrayente en el momento de ejercitar su derecho, y no en otro posterior, por ejemplo, de las actuaciones judiciales. El defecto o la consignación por cantidad inferior al precio conocido es nula y equivale a no haber sido efectuada. Tampoco es válido el ofrecer fianza de consignarlo, pues esta fórmula sólo es viable cuando el precio resulta desconocido para el retrayente, situación bastante improbable. La exigencia de consignación del precio actúa como refuerzo de la voluntad del retrayente de su intención y deseo de querer y poder ejercitar su derecho de retracto.

La Jurisprudencia establece, sin duda alguna, que la cuantía del precio del retracto a abonar debe ser el del precio real que fue entregado por el comprador en su día, y no el señalado en la escritura pública de compraventa. Aunque el Código Civil no dice nada referente a los intereses, puede que estos sean obligatorios, si así lo hubiesen dispuesto las partes. Igual ocurre si se hubiese establecido una cláusula de estabilización (4).

(3) Y también entre tales facultades generales se incluye la de no estar obligado —en sentido técnico— a ejercitar el retracto ni, por consiguiente, a devolver la cantidad recibida, sino que la esencia del derecho se funda en la reserva que hace de poder recuperar la cosa vendida, esto es, el ejercicio se encomienda a su iniciativa. En ese caso es cuando surge la obligación de devolver el precio y demás cantidades al comprador. De ahí que también posea la facultad de renunciar a su derecho de retracto antes del transcurso del plazo (siempre que tenga pleno poder de disposición del derecho, y que no perjudique a terceros).

A fin de evitar una posible confusión, también se ha aclarado que el vendedor sólo puede transmitir el derecho de retracto, pero no la finca, salvo que ya la haya retroadquirido, pues recordemos que él sólo tiene el derecho real de readquisición sobre la misma.

(4) El vendedor también deberá hacer frente *al pago de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta*. El criterio que sigue el juzgador, a fin de reembolsar los gastos propios y necesarios para la venta, es el de que éstos cumplan los requisitos de ser legítimos, accesorios y útiles. De ahí que no se consideren reembolsables ni las costas del juicio de testamentaria, ni los gastos ocasionados en el litigio con el vendedor para obligarle al otorgamiento de la escritura, ni la minuta del letrado a quien consultaron los compradores sin necesidad, ni la del corredor que medió en la venta pero cuya intervención no era necesaria, ni los gastos derivados de obligaciones personalísimas (cuidado, fallecimiento, entierro y funeral de la vendedora), ni los gastos derivados de la consignación, ni los intereses del precio desembolsado por el comprador del retraído desde la fecha de adquisición hasta la de la sentencia definitiva.

Sí se reembolsarán, por el contrario, el pago de derechos reales, contribuciones, los gastos de subasta, adjudicación e inscripción como equivalentes a los originados en el contrato de venta, la obligación de concurrir al otorgamiento de la escritura de retroventa y, a su pago, tomando como argumento el de la necesidad de existencia de una verdadera reciprocidad en las prestaciones, y el concepto de reintegro legítimo (entendido dentro de la expresión de «otros pagos legítimos»), del incremento económico de la finca por extinción del usufructo.

Las argumentaciones de ambas partes no son indicativas de que el contrato de compraventa con pacto de retro encubre una función de garantía, puede presumirse pero no hay datos que lo constaten, es pues, como señalábamos anteriormente, una cuestión de prueba.

IV. Otra cuestión que debe hacerse constar se centra en el hecho de que «*el precio no está distribuido entre las fincas, tal y como exige el artículo 11 LH*».

La Dirección General entiende que en el caso del retracto no es necesaria la distribución, pues ello sólo sería así si se estableciera expresamente —cosa que no se hace (5) que tal derecho puede ejercitarse aisladamente por cada finca, y aunque se trata de una condición resolutoria de la venta (art. 1.506 del Código Civil) (6), no es una resolución por falta de pago, supuesto en que si sería necesaria tal distribución (art. 11 LH).

Estos gastos, si no han sido concretados, deben abonarse con posterioridad al precio principal de venta. Y ante el desconocimiento de la cuantía total a abonar, basta que se consignen unas cantidades y se afiance el pago de otras.

Por lo que respecta al reembolso de los *gastos necesarios y útiles* hechos en la cosa, la jurisprudencia los definió como aquellos necesarios para la conservación o que redunden en provecho, comodidad o interés de la cosa.

(5) Como así ocurrió en la antigua RDGRN de 10 de octubre de 1907 (ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia Registral*, tomo IV (1906-1916), Bosch, Barcelona. En dicha Resolución se parte de que en la escritura constaba la obligación de que «...las dos partidas de fincas deberán retraerse en globo y no por fincas independientes...».

(6) El pacto de retro en la primera doctrina registral fue considerado como condición resolutoria, pues el «ejercicio de la retroventa consiste precisamente en el desenvolvimiento de la condición», lo cual implicaba que el primitivo contrato de compraventa no había transferido la propiedad completa sino un dominio eventual. Mientras la condición subsista, el vendedor conserva un derecho real enajenable. Caracterización que fue acogida por la doctrina jurisprudencial y también por la científica.

La condición se incumple con el hecho negativo de no pagar el precio el vendedor primitivo en un plazo de tiempo. Con el transcurso de dicho plazo se produce la adquisición definitiva por parte del comprador, que implica la conversión en definitiva y perpetua del dominio antes revocable. El cumplimiento de la condición repone las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiere verificado. El vendedor es quien, a su voluntad, posibilita la retroacción (condición resolutoria potestativa).

Posteriormente, se le considera como un *derecho real enajenable*, pero que al introducirse como pacto anejo y simultáneo a la venta, y, por sus especiales caracteres y efectos, tiene similitudes con una condición.

Ultimamente, la doctrina jurisprudencial lo ha concretado como un *derecho real de readquisición que aparece bajo la forma de condición resolutoria*, pues es el vendedor quien se reserva la facultad de retraer, y el ejercicio de ese derecho se realiza a través de un negocio jurídico unilateral. Es el vendedor quien, si lo desea, en virtud de la reserva realizada y acordada por ambas partes en el primitivo contrato, se transforma en comprador sólo con cumplir los requisitos legales y voluntarios que en el mismo se pactaron. La readquisición se produce como consecuencia del desenvolvimiento de las condiciones establecidas en el contrato.

En cuanto a la doctrina científica, se ha producido una evolución, tal vez más profunda en los últimos tiempos que en la doctrina jurisprudencial. Pues si primero se le consideró afín a una condición resolutoria potestativa, y posteriormente como una condición resolutoria que afecta a la venta pero que en sí misma constituye una facultad o poder de readquisición del vendedor, la posición más actual es su consideración como derecho de real readquisición del vendedor, aunque no hay que olvidar alguna posición que lo entiende como un derecho de adquisición preferente del tipo de opción.

V. Por último debemos detenernos en el estudio *del derecho de adquisición preferente pactado entre las partes*, para el caso de la posterior venta de la parte inicialmente vendedora, una vez hubiera readquirido las fincas en base al ejercicio del pacto de retro inserto en la venta.

Recordemos que es posible que una persona tenga el poder de adquirir una cosa si así lo quiere o cuando su propietario decida enajenarla a un tercero o cuando ya lo haya hecho, son los llamados *derechos de adquisición preferente*.

Se discute si los mismos constituyen verdaderos derechos reales. Algunos lo niegan por entender que su titular no tiene una relación directa e inmediata con la cosa, hablando de derechos potestativos o de facultades de configuración jurídica. Otros lo afirman recordando que la relación directa e inmediata con la cosa no se da en ciertas servidumbres ni en la hipoteca y afirmando que cuando el poder de adquirir la cosa con preferencia a otros es oponible a los demás, estamos en presencia de verdaderos y propios derechos reales que cabe llamar derechos de adquisición preferente.

Se trata de derechos limitados sobre cosa ajena cuyo propietario ve, a su vez y por ellos, limitados su poder de disposición, derechos que surgen de la ley o de la voluntad de los particulares plasmada en el Registro, de derechos, temporales con plazo de caducidad (que en el presente supuesto es de cuatro años).

En el caso objeto de análisis se establece por la Dirección General que en base a lo visto no se expresa que los derechos de adquisición establecidos pueden ejercitarse o no aisladamente por cada finca, aunque en el caso de que el retracto se ejercitara aisladamente, finca por finca, no es necesaria la distribución del precio, pues el que tendría que pagar el retrayente sería el satisfecho por la venta, independientemente del precio por el que la finca se transmitió por primera vez.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE