

Dictamen registral - Art. 355 RH

ANTECEDENTES DE HECHO

I

Dos sociedades se proponen llevar a cabo un negocio de compraventa sobre las fincas 1 (3.759,01 metros cuadrados, valorada en veinte millones seiscientos veintisiete mil quinientas pesetas), 2 (3 hectáreas, 18 áreas y 30 centiáreas), 3 (2 hectáreas, 18 áreas y 40 centiáreas), 4 (29 áreas, 95 centiáreas y 82 centímetros cuadrados), 5 (de 14.082,41 metros cuadrados) —valoradas conjuntamente en doscientos treinta y nueve millones noventa y cuatro mil pesetas—, 6 (13.589,80 metros cuadrados, valorada en setenta millones ochocientos treinta y ocho mil quinientas pesetas), 7 (de 23.767,49 metros cuadrados, valorada en setenta y ocho millones veinte mil pesetas), 8 (de 2 hectáreas y 50 áreas, valorada en ciento treinta y siete millones ciento ochenta y siete mil quinientas pesetas) y 9 (1 hectárea, 23 áreas y sesenta centiáreas, valorada en setenta y ocho millones doscientas treinta y dos mil quinientas pesetas).

Las expresadas fincas están incluidas en un Plan Parcial, quedando fuera de la Unidad de Actuación Urbanística parte de alguna de ellas. Realizada topográficamente la medición de las parcelas que integran dicho Plan Parcial, en lo que afecta a las fincas descritas propiedad de la Sociedad vendedora, la superficie global de las mismas es de 149.298,71 metros cuadrados, de los que 106.423,52 quedan dentro de PP y 7.296 metros cuadrados se incluyen en la Unidad de Actuación Urbanística SG-1, y 35.579,19 quedan fuera del sector.

En el momento en que se quiere celebrar el contrato se encuentra aprobado inicialmente el citado Plan Parcial por el Ayuntamiento correspondiente. Conforme a su ficha técnica su superficie total es de 292.440 metros cuadrados, con 152.200 metros cuadrados de edificabilidad a distribuir entre 344.507 metros cuadrados ($292.440 \text{ m}^2 + 52.067 \text{ m}^2$ para Prado Ovejero y un número máximo de viviendas de 1.462).

II

Las partes convienen la compraventa respecto a los terrenos propiedad de la vendedora incluidos en el sector del PP con una superficie aproximada de 106.423,52 m².

III

Con el fin de llevar a cabo lo convenido la Sociedad vendedora solicitó del Ayuntamiento la correspondiente autorización para segregar de las fincas descritas las porciones correspondientes para poder dar fiel cumplimiento a los compromisos asumidos.

El Ayuntamiento informó negativamente la segregación por imposibilidad legal al estar pendiente de aprobación definitiva el Plan Parcial y el Proyecto de Compensación del sector indicado, conforme determina el art. 96 de la Ley del Suelo y el art. 104 del Reglamento de Gestión Urbánica.

IV

Ante la situación creada y deseando las partes dar cumplimiento a sus compromisos y dotar a la sociedad compradora de título suficiente para inscribir a su nombre se pretende formalizar la compraventa de la totalidad de las fincas descritas, sin perjuicio de que una vez inscrito el Proyecto de Compensación del PP referido y determinadas jurídicamente las superficies que quedan fuera del mismo la sociedad compradora ceda o transmita a la vendedora dichas superficies.

V

El proyecto de contrato comprende, entre otras, las siguientes estipulaciones de las que destaco los puntos de relieve:

Primera. — Agrupación

Por ser colindantes entre sí las fincas números 2, 3, 4 y 5 del expositivo I de esta escritura, la sociedad vendedora procede a agruparlas para que en lo sucesivo constituyan una sola finca única e independiente, de

70.748,23 metros cuadrados, valorada en doscientos treinta y nueve millones noventa y cuatro mil pesetas.

Segunda.—Compraventa y pacto de retro

La Sociedad Anónima dueña de la finca, debidamente representada, vende a la otra Sociedad la finca agrupada así como las fincas 1, 6, 7, 8 y 9, resultando un precio total de quinientos ochenta y cuatro millones de pesetas, para los terrenos incluidos en el Plan Parcial, y treinta millones de pesetas, para el resto de las fincas excluidas del Plan Parcial y que serán objeto de retroventa, de acuerdo con lo convenido en la estipulación séptima, determinándose la forma de pago del precio.

Sexta.—Subrogación en los compromisos urbanísticos

La Sociedad compradora queda subrogada en los compromisos asumidos por la vendedora frente al Ayuntamiento, abogado y arquitecto, relativos al desarrollo urbanístico del Plan Parcial y posteriores Proyectos de Urbanización, Compensación, Junta de Compensación, que tiene ya iniciados, sustituyendo los avales prestados.

Séptima

Como se ha hecho mención en la segunda, y sin perjuicio de que la compraventa comprenda la totalidad de las fincas descritas en la exposición para su acceso al Registro de la Propiedad a nombre de la sociedad compradora, es lo cierto y convenido que la venta efectiva entre las partes se circunscribe a la superficie que legalmente quede incluida dentro del PP en el Proyecto de Compensación que en su día se apruebe e inscriba, aproximadamente fijada en 106.423,52 m². Superficie ésta que es la que entre las partes ha servido para establecer el precio convenido en la presente escritura.

Según ha quedado reflejado con anterioridad, no es posible la segregación, siendo el Proyecto de Compensación del PP referido el único instrumento legal para determinar la superficie que definitivamente, con acceso registral, quedará dentro y fuera del citado Polígono Urbanístico.

Consecuente con todo lo anterior y los compromisos existentes entre las partes, una vez aprobado definitivamente el Proyecto de Compensación

e inscrito en el Registro de la Propiedad, la sociedad vendedora reintegrará públicamente las superficies que, de las fincas ahora transmitidas, queden fuera del citado Polígono o Sector, que no son causa de la operación como ha quedado expresado.

La sociedad vendedora satisfará todos los gastos, impuestos y arbitrios que el reintegro de dichas superficies conlleve, que no son causa de la operación como ha quedado expresado, en precio idéntico al de la compraventa que es de treinta millones de pesetas.

CONSULTA

Expedida certificación registral de todas las fincas afectadas, se solicita a continuación el informe registral aludido por el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, relativo al modo más conveniente de lograr el acceso registral de la operación descrita y, además, de la problemática registral derivada de la incorporación de una cláusula a la hipoteca que se propone constituir la parte compradora sobre las fincas a adquirir, con el siguiente tenor:

"La Caja de Ahorros X consiente expresamente que Promociones IM, S.A., o la persona física o jurídica que de ella traiga causa, segregue de la finca registral agrupada (compuesta por las fincas 2, 3, 4 y 5) una superficie de 31.149,75 metros cuadrados con una variación en más o menos del 1 por 100; de la finca 6, 780,15 metros cuadrados con una variación en más o menos del 1 por 100; y de la finca 7, 10.945,29 metros cuadrados con igual variación, quedando las superficies que se segreguen, que son precisamente las que no están incluidas dentro del Plan Parcial, totalmente libres de la responsabilidad hipotecaria que en la presente escritura se constituye".

DICTAMEN REGISTRAL

Examinada la situación registral de las fincas n.º 6.022, 6.024, 6.026, 6.030, 6.032, 6.036, 6.038 y 6.040, de Móstoles, obrantes en los folios 89, 90 y 104, 91, 93, 95, 97, 99, 103, 105 y 107, del tomo 1.256 —de las que se ha expedido la correspondiente **certificación**—, se trata de determinar el modo más conveniente de lograr el propósito comercial resultante de los documentos que, por fotocopia, se adjuntan a la solicitud de este informe,

con pleno respeto a todos los preceptos aplicables, y en aras de la inscripción de los actos que correspondan.

A tal efecto se acompañan:

1. Minuta de escritura de agrupación y compraventa con pacto de retroventa.
2. Cláusula de liberación parcial de hipoteca sobre finca no segregada al tiempo de constituirse la hipoteca.

Aunque formalmente lleguen a solemnizarse en dos actos escriturarios y registrales perfectamente separados e independientes entre sí, enseguida se comprenderá que la segunda cuestión está genéricamente enlazada con la primera, dependiendo de la solución que se dé a esta última.

A) *Agrupación*

Las fincas referenciadas pertenecen a la entidad vendedora como consecuencia de sucesivas adquisiciones de partes indivisas. Por tanto, aunque en el folio registral de cada finca no aparezca una sola última inscripción de dominio, sino sucesivas inscripciones de otras tantas titularidades de cuotas indivisas, al aglutinarlas dan como resultado una única titularidad dominical. Corresponde, pues, al agruparlas, describir las fincas con las circunstancias individualizadoras ordinarias, aunque el título sea, en cada caso, plútime como consecuencia de la gradual adquisición descrita. Cabe, pues, agrupar las colindantes fincas n.º 6.024, 6.026, 6.028 y 6.030, de conformidad con el art. 45 del Reglamento Hipotecario.

B) *Compraventa*

Es difícilmente concebible una compraventa recayente sobre la totalidad de un objeto, del que, sin embargo, y al propio tiempo, se reconoce excluir una parte. O hay compraventa de todas las fincas o hay compraventa de sólo algunas. Esta ambigüedad e incoherencia interna de la operación proyectada se echa de ver “passim”. Basta cotejar el primer párrafo de la estipulación tercera con la séptima, en la que se dice “... sin perjuicio de que la compraventa comprenda la totalidad de las fincas descritas en la exposición para su acceso al Registro de la Propiedad a nombre de la sociedad vendedora, es lo cierto y convenido que la venta efectiva entre las partes se circunscribe a la superficie que legalmente quede incluida dentro del PP 9 en el Proyecto de Compensación...”, que resulta ser de 106.423,52

metros cuadrados frente a los 149.298,71 metros cuadrados que suman la totalidad de las fincas transmitidas.

1. *¿Falta de valor traditorio, en parte, de la escritura?*

La aporía resulta de que se desvincula, sin apoyo jurídico suficiente a efectos registrales, la voluntad de transmitir y adquirir el dominio, de la función traslativa típica de toda compraventa, cuya actualización efectiva es imprescindible para la inscripción de la propiedad a título de venta. La voluntad por sí sola —sin el instrumento técnico apropiado, reserva de dominio...— no puede modificar el cometido asignado por el ordenamiento jurídico a un determinado tipo de contrato. Y si queremos entender estas reiteradas manifestaciones como enervantes de la equivalencia entre el otorgamiento de la escritura pública y la “traditio” (art. 1.462.2 CC), necesaria para la adquisición del derecho de propiedad por la entidad compradora, habría que negar efectos registrales al acto, porque al tratarse de una mera relación obligatoria/creditoria, carecería de trascendencia real. De ser así, esta ininscribibilidad afectaría a toda la operación y, por ende, a toda la escritura, precisamente por no estar determinadas las fincas en relación a las cuales sí se transmite la propiedad por mediar tradición instrumental, y aquellas otras respecto de las que no cabrá conferir tal efecto al acto.

El que tal cosa “no resulte de la escritura o se deduzca claramente” —como exige el propio art. 1.462.2 CC para poder colegir la falta de trascendencia real del acto—, a la vista de la estipulación cuarta: “Por el sólo hecho de este otorgamiento, la parte compradora, toma posesión de las fincas transmitidas”, no hace desaparecer el problema de la ambigüedad jurídica de la operación, sino que más bien lo incrementa.

Obsérvese que la exigencia legal de que sea la propia escritura la que incorpore aquella voluntad en contrario —a su equivalencia a la tradición— deriva precisamente de la función normativa de signo que le corresponde. Por tanto, sería más que dudoso que un documento privado —“¿es lo cierto y convenido” de la estipulación 7.ª?— hecho para alterar lo pactado en escritura pública pueda tener el valor entre las partes que le reconoce de modo implícito el artículo 1.230, “a sensu contrario”, ya que una norma específica, que no es exclusivamente para terceros —art. 1.462, párrafo segundo— exige que la misma escritura contenga tal voluntad (vid. también art. 1.219 CC) (1).

(1) Vid. A. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Civitas, 1980, pág. 301.

2. *¿Indeterminación inscribible del objeto del contrato?*

Acudir al art. 1.273 del CC, que admite una cierta indeterminación del objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, circunstancia que se dará en nuestro caso, que cuenta además, con una exquisita objetividad —cfr. arts. 1.449, 1.690 II y 1.256 CC— en el criterio de determinación tampoco resuelve el problema. En efecto, o bien falta suficiente causalización en el pago de los treinta millones de pesetas como precio de un objeto que, por definición contractual, no forma parte de la compraventa, o bien estamos en presencia de la transmisión de unos bienes sin contraprestación metálica alguna, como parece inferirse de la estipulación séptima: "Superficie ésta —la de 106.423,52 metros cuadrados— que es la que entre las partes ha servido para establecer el precio convenido en la presente escritura". Si es así, ¿a título de qué se transmiten los restantes 42.875 metros cuadrados? Tanto en un caso como en el otro, no se trata ya de que falte la expresión de su causa, sino que hay una falta confesada de causa, en clara contravención de los arts. 1.274 y 1.445 del CC. Ni que decir tiene que las circunstancias externas al contrato reseñadas en el expositivo III —denegación de la licencia de segregación por el Ayuntamiento al encontrarse las fincas inmersas en un proceso urbanístico— carecen de la relevancia jurídica adecuada a la causa exigida por el mencionado precepto.

3. *¿Simulación de un elemento del contrato?*

Se puede pensar (2) que habría que distinguir entre la falsedad —confesada— sobre la existencia de un elemento esencial —precio, en parte, o parte de las fincas— y la que se limita al alcance o contenido de dicho elemento —fincas o precio—. En uno y otro supuesto existirán dificultades para la inscripción —art. 18 LH: "Los registradores calificarán... la validez de los actos dispositivos contenidos en escritura pública"—. La falta de precio haría que no haya compraventa —art. 1.445 CC—, en cuanto a ciertas fincas o parte de ellas, y que el precio confesado falsamente —pues esas fincas no se habrían tenido en cuenta a la hora de pactar el precio— signifique una simulación absoluta —se oculta la inexistencia de la compraventa en parte—. Sí, en cambio, se considera que lo que es falso es el monto del precio, en más o en menos, más que de inexactitud querida, o indicación inexacta que, en su caso, habría que corregir, habría que considerar que el contrato en el que figura el precio

(2) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 341.

falso, en más o en menos, sería un contrato simulado, que disimularía otro —"lo convenido entre las partes", "los compromisos existentes entre las partes", de la espitulación 7.^a— en el que se estableció el precio verdadero. Lo que importa para saber si se aplican las reglas de la simulación relativa, y con ellas las referentes a la protección de terceros de buena fe: ¿a qué fincas?

4. ¿ *Titularidad fiduciaria*?

Por lo mismo, no cabe aceptar la registración de una titularidad, en parte, meramente formal de la compradora sobre la que se reconocería ser la vendedora la verdadera propietaria. El sistema jurídico español de transmisión de bienes es típicamente causalista, por lo que, habida cuenta de la naturaleza de artificio de la "causa fiduciae", sólo nos quedaría la causa de Administración, mandato o gestión y causa de garantía, decididamente ineptas para la transmisión plena de la propiedad (3).

5. ¿ *Nulidad parcial*?

Es también evidente que la solución de la nulidad parcial, instrumentalizada a través del cauce registral de unas inscripciones parciales y modalizadas —cfr. arts. 429 y 434 RH—, ni resultaría satisfactoria para el

(3) *Op. cit.*, págs. 408, 409 y 415. Vid., sin embargo, J. VIDAL MARTÍNEZ, *La venta en garantía en Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Civitas, 1990, especialmente págs. 226 y 230, para quien el fiduciario es un verdadero propietario obligado a retransmitir. A nuestro juicio hay que discernir debidamente entre el problema que se plantea a la hora de inscribir un contrato fiduciario —directamente relacionado con el de la adquisición o no de la propiedad—, y el de sus efectos una vez inscrito (indebidamente o por el hecho de no constar el pacto fiduciario en el título inscribible) —que tiene que ver con la protección de terceros de buena fe. Obviamente ésta en nada cambia la carencia de plenos efectos transmisórios del primer contrato, pues, como ha declarado certeramente la STS de 7 de mayo de 1991 "si, como en el caso (compraventa en garantía de un préstamo con pacto posterior de retroventa a la total amortización) la compraventa realizada es de mera garantía, no puede pretenderse con ello obtener, ni entre los propios contratantes ni ante terceros, el reconocimiento de un título transmisor del dominio, porque ello envuelve una contradicción patente, ya que el contrato de compraventa es el instrumento paradigmático de dicha transmisión dominical y el título de propiedad por antonomasia", sin perjuicio de sus efectos privilegiados —como crédito del fiduciante— frente a los acreedores del fiduciario, prelación que proviene, en todo caso, de su carácter notarial, no de su inscripción, por lo que podrá irrumpir en una tercera de mejor derecho, pero no de dominio.

propósito empírico perseguido por las partes ni sería admisible en este acto, debido a la indeterminación de los terrenos a los que afectaría.

6. *¿Pactos personales: exclusión registral?*

Tampoco cabe registrar la operación proyectada limitándonos a excluir todos esos pactos con base en su carácter meramente personal u obligatorio. Tal cosa no sería conforme con el artículo 1.281 del CC ni con lo que tiene declarado repetidamente la DGRN: "No ha de valorarse fraccionalmente la total operación realizada, sino de un modo global, en coherencia con su carácter unitario, con la íntima vinculación e integración de sus determinaciones, y en función de la efectiva finalidad práctica perseguida" (sic, Rss. 5, 6 y 7 de febrero de 1990, 5 de junio de 1991...).

C. *El pretendido pacto de retroventa*

Precisamente, el "Leitmotiv" del pacto de retroventa que se añade a la operación es el de cubrir —"rectius", encubrir— la falta parcial de causa de la operación. Lo que resulta paladina y reiteradamente confesado por las partes en los párrafos tercero y cuarto de la estipulación séptima: "Consecuente con todo lo anterior y los compromisos existentes entre las partes, una vez aprobado definitivamente el Proyecto de Compensación del PP 9 del Ayuntamiento de Móstoles e inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente, Promociones IM, S.A., reintegrará públicamente las superficies que, de las fincas descritas en la exposición, incluidas en dicho proyecto, queden fuera del citado Polígono o Sector, que no son causa de la operación como ha quedado expresado", "La sociedad, S.A.", satisfará todos los gastos, impuestos y arbitrios que el reintegro de dichas superficies conlleve, que no son causa de la operación como ha quedado expresado, en precio idéntico al de la compraventa que es de treinta millones de pesetas".

1. *La retroventa como facultad del vendedor*

En concordancia con lo anterior sería difícil admitir que estemos en presencia de una verdadera enajenación con pacto de retroventa, pues lo que ha de caracterizar a ésta, para que sea inscribible, es que el vendedor se reserve la facultad de reintegrarse en el bien devolviendo el precio

recibido. A los problemas derivados del hecho de que pueda hablarse en el caso que se nos presenta de un "precio de la venta" —presupuesto por el art. 1.518 para el retracto convencional— y al hecho de la indeterminación del objeto de la retroventa, se sobreañaden otros, como consencuencia de la configuración jurídica que se pretende dar a la retroventa en el contrato. Así, en el Exp. IV: "se formaliza la presente compraventa de la totalidad de las fincas descritas... sin perjuicio de que Promociones IM, S.A., ceda o transmita a P., S.A., dichas superficies" —las que resultan excluidas del Proyecto Urbanístico—; estipulación 3.^a: "... y de treinta millones, para el resto de las fincas excluidas del Plan Parcial y que serán objeto de retroventa, de acuerdo con lo convenido en la estipulación séptima..."; estipulación 7.^a: "... Promociones IM, S.A., reintegrará públicamente...".

En la venta con pacto de retro que sea verdaderamente tal y, por ello, en su caso, inscribible, el vendedor que se reserva el derecho de recuperar la cosa **no** contrae por ello, y de presente, obligación alguna; se reserva una simple facultad jurídica cuya actuación se confía a su libre arbitrio durante un plazo —aquí inexistente (cfr. art. 1.508 CC), aunque sí se fija como momento "a quo" para la actuación retransmisora por parte de la sociedad vendedora el de la inscripción del Proyecto de Compensación— que se estipule, y sólo su ejercicio presupone y fundamenta el simultáneo deber de reembolso del precio y demás gastos contemplados en el art. 1.518 CC (v. res. últ. cit.). Frente a esta caracterización normativa (4)

(4) Podría constituir un obstáculo para tal configuración lo dicho en la STS de 28 de diciembre de 1984: "(...) a lo que es de añadir que en el caso concreto aquí enjuiciado la reversión de terrenos que cumplida la condición opera a favor del vendedor tiene un alcance limitado que al no afectar a la totalidad de la casa que fue objeto del originario contrato de compraventa hace que no pueda identificarse el convenio con lo que el pacto de retroventa significa según la definición legal del mismo contenida en el artículo 1.507 del Código Civil (...)" (Cdo. tercero). Sin embargo, no creemos que tal apreciación pueda erigirse en serio escollo para la aplicación de los arts. 1.507 y ss del CC —relativos al retracto **convencional**— a nuestro caso, por el hecho de que se pacte la retroventa con un alcance parcial y limitado, no afectante a la totalidad de la cosa objeto del contrato, pues, consignado diferenciadamente el valor que integran los terrenos retrotraíbles no ha de haber dificultad alguna en hacer el cálculo debido a los efectos del art. 1.518 del CC. Téngase en cuenta, además, las hipótesis previstas por los arts. 1.513 a 1.517, en los que, al referirse el retracto a situaciones de proindivisión, también quedará rota la ecuación jurisprudencial y a pesar de ello, estos preceptos regulan supuestos de retracto convencional. En fin (y sin perjuicio de lo que diremos más adelante) en el caso resuelto por la Sentencia anterior, lo expresamente convenido en la escritura, según reconoce la propia Sentencia, fue una condición en sentido técnico, al referir la resolución y reversión parcial de los terrenos exclusivamente a un acaecimiento futuro e incierto absolutamente independiente de la voluntad de la vendedora, "pugnando con ello el pacto de reversión estipulado con el carácter de condición potestativa y dependiente de la sola voluntad del vendedor que el retracto convencional **significa...**".

de la retroventa como facultad que se reserva el vendedor (art. 1.507 CC), en nuestro caso se perfila **contractualmente** como ¿facultad u obligación? de la parte compradora, lo que es clave a los efectos de reconocer o no trascendencia real al pacto y, por tanto, a los efectos de su inscribibilidad o no (cfr. art. 1.510 del CC). La articulación estipulada, junto a la tipicidad y claridad exigibles en la materia, deberían inclinar al buen sentido por su rechazo, por esa sola razón, y sin perjuicio de las demás ya apuntadas.

Y no se esgrima que, de entenderse configurada como obligación de la entidad compradora la de retransmitir ciertos terrenos, se trata, correlativamente, de una facultad de la parte vendedora, pues: ¿a quién correspondería la opción entre exigir su cumplimiento forzoso —**devolución** de los terrenos o del **dinero**— o hacer suya definitivamente la propiedad del bien —los terrenos o el **dinero**—? Si se ha de constituir una facultad de retroventa, sólo es dable hacerlo a favor de la vendedora, a cuyo favor se inscribirá ese derecho potestativo; y, para ello, sería necesario estipularlo como iniciativa originaria suya, de cuyo ejercicio —y no de la mera inscripción del Proyecto de Compensación en el Registro de la **Propiedad**— dependerá la obligación de reintegración de los terrenos por parte de la compradora.

2. *El pacto de retroventa en función de garantía y los intereses de las partes*

Claro es que si nos atenemos a lo realmente querido por la parte compradora —no querer comprar todos los terrenos, pero "tener que" comprarlos todos ante la imposibilidad de segregar parte por falta de licencia al efecto, al hallarse en curso un proceso urbanístico—, se podrá legitimar la adición del pacto de retro a la venta en función de garantía, con la finalidad de asegurarse de que la operación acabará siendo, a la postre, lo que inicialmente se quería. Esto es, la retroventa aseguraría que el dinero "pagado de más", volverá a quien lo entregó —**comprador**—, y los terrenos entregados "en exceso", volverán a su propietario inicial —**vendedor**—. Pero si, como parece, el interés en no adquirir todos los terrenos —sino sólo los urbanizables a resultas de lo dicho—, es de parte de la entidad compradora, no procede encauzarlo por la vía de la constitución de un derecho de retroventa que, de suyo, ha de corresponder al vendedor, pues aquella estaría expuesta a que éste no llegara —**legítimamente**, pues es su **derecho**— a ejercitarlo nunca, con la pérdida del dinero entregado.

Por otra parte, su configuración como "venta en garantía pero al revés" o "garantía de la no venta", pasaría por entender que la sociedad

vendedora habría dado en préstamo a la sociedad compradora los terrenos que eventualmente resulten excluidos de la compensación —nota de infungibilidad—, a cuyo efecto se introduce en la venta un pacto de retro como vestidura o garantía de la no venta —actual— de esos terrenos. En tal caso, la ininscribibilidad del pacto de retro no sólo resultaría de lo ya dicho más arriba sobre titularidades fiduciarias con causa de préstamo o garantía, que hace ininscribible a las llamadas "ventas en garantía", sino de la específica razón de que mediante el préstamo de una cosa que no sea dinero u otra cosa fungible, una de las partes entrega a la otra el bien para que use de ello cierto tiempo y se lo devuelva, en cuyo caso se llama comodato, y el "comodato es esencialmente gratuito" —art. 1.740 CC—; de donde resultaría que no hay propiamente venta con pacto de retro, porque no hay (est. 7.^a, párrafo primero "in fine"), —no puede haber por ley— precio.

3. Posibilidad de condición resolutoria

Al margen de que el derecho de retro del vendedor se haga, además, depender de una condición (¿qué precepto habría de impedir un pacto de retroventa condicional si queda salvaguardado el art. 1.115 del CC?), si el propósito de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva, sino una transmisión provisional y cautelar destinada a una pronta conclusión una vez que se delimite la situación urbanística de las fincas, pueden ponderar la suficiencia y adecuación a tal fin del instituto de la condición resolutoria, previniendo su operatividad sobre parte del objeto de la venta y disponiendo como evento condicionante la inscripción en el Registro de la Propiedad del Proyecto de Compensación del que resulten excluidos los terrenos en cuestión (5). No constituiría óbice registral alguno para tal condición el carácter flotante, sujeto a los vaivenes de

(5) Sobre asimilación del retracto convencional a la condición resolutoria puede verse la E. de M. de la LH. Vid., sin embargo, las dificultades (arts. 1.115, 1.519, 1.520...) aducidas por Cossío (*Instituciones de Derecho civil*, I, pág. 370) para calificar este pacto como condición resolutoria. En cualquier caso, obsérvese, de una parte, que aunque la retroventa pueda estar sujeta a condiciones distintas (por ej., el precio) de las que tuvo la venta, lo que pudiera demostrar que sus efectos no se limitarían a destruir los de la venta, sino a crear a favor del retraído unos derechos que sólo pueden derivar de una venta nueva y distinta (obligación de entrega, evicción, pago de un nuevo precio...), en nuestro caso las condiciones de la retroventa son las mismas que las de la propia compraventa; y, de otra parte, la ambivalencia que se le atribuye en el texto lo es a efectos de la operatividad registral, coincidente en ambas en la medida en que tanto en uno como en otro caso los efectos de referencia son secuela de la prioridad registral ganada.

la ordenación urbanística, del objeto a que afectaría, por la certeza y objetividad del hecho puesto como condición.

Por lo demás, al no consistir el evento condicionante (art. 23 LH) en un tema de cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones, quedarían al margen los motivos en los que poder apoyar la negación de automatización al mecanismo resolutorio cuando éste garantiza el precio aplazado (6), y si se pretendiera derivar para ello algún obstáculo de los arts. 1.123.2 y 1.122 del CC, "a fortiori" habría que descartar una readquisición unilateral y automática en caso de pacto de retro (7), a la vista de preceptos como los 1.507, 1.509 y 1.518.

4. ¿Exigibilidad de consignación?

Ambos —pacto de retroventa y condición resolutoria— suscitan, en principio, el inconveniente, en especial para el comprador, de la necesidad de la consignación del precio a devolver por el vendedor a favor de todos los implicados: no sólo el vendedor, sino también los titulares intermedios, esto es, los que lo sean "medio tempore" entre el momento de la compra-venta y el de la resolución —acreedores hipotecarios...—, sin lo cual no cabrá la reinscripción de los terrenos a favor de la sociedad vendedora, de conformidad con el art. 175, regla 6.^a del RH y de la rígida interpretación

(6) Si bien, en ningún caso, los demás efectos —prioridad, oponibilidad...— de la inscripción de la condición resolutoria, lo que parece olvidar quienes con mayor derro-tismo han recibido ciertas resoluciones de la DGRN que —se dice— condenan la condición resolutoria explícita al ostracismo y a la vacuidad. Sin que con esta observación queramos decir más lo que decimos.

(7) E. RUBIO TORRANO (*El pacto de retroventa*, Tecnos, 1990, pág. 209): "en la escritura que contiene el ejercicio del derecho de retracto, aparte la descripción de la finca con todos los pormenores que exige la Ley Hipotecaria, conviene que se deje constancia clara de la posición jurídica que adopta cada uno de los que en ella intervienen. El retrayente manifestará ante el Notario su decisión de ejercitar el retracto y de cumplir con las obligaciones pertinentes; el retraído expresará su allanamiento a las pretensiones del vendedor inicial, dejando libre el camino para la resolución de su titularidad y consiguiente retransmisión... Si el comprador no se allana, pero tampoco se opone, el derecho del retrayente no se detiene, si bien se desvía hacia la autoridad judicial...". ¿No resulta incoherente asimilar, como hace este autor (vid. pág. 122), el pacto de retroventa con el derecho de opción, y no derivar las correspondientes consecuencias registrales (a la hora de encarar la constancia registral de la readquisición en pág. 208) de tal asimilación, a saber, posibilidad de otorgamiento unilateral de la escritura de ejercicio del correspondiente derecho (cfr. STS de 7 de noviembre de 1967 y RR. 7 de diciembre de 1978, 7 de septiembre de 1982), a salvo naturalmente la consignación de lo que haya de ser pagado? Ahora bien, preceptos como los arts. 1.509 y 1.518 dificultarían esa asimilación entre el pacto de retro y la opción con efectos reales y unilaterales, sobre todo, si, como el citado autor, se sostiene que el art. 1.518 tiene carácter imperativo y constituye un mínimo inderogable.

—“en todo caso”— que de esa exigencia ha venido haciendo una copiosa jurisprudencia registral. No se piense que el recurso al pacto de retro ha de soslayar dicho requisito, pues la razón de su exigencia es marginal respecto de la previsión contenida en el art. 1.509 del CC, a cuyo tenor si el vendedor no cumple con su obligación de devolver el precio y demás gastos mencionados por el art. 1.518, el comprador adquirirá irrevocablemente el dominio de la cosa vendida. A tal conclusión se llegaría también con una lectura “a contrario”, superficial y simplista, del art. 177 del RH. Este precepto regula la cancelación del pacto de retro por extinción de éste y consolidación de la adquisición. Sin embargo, se comprenderá que la necesidad de consignación resulta igualmente palpable en caso de retroventa si se tiene en cuenta; el legislador reglamentario menciona el art. 23 de la LH —en lo que se refiere obviamente a la condición resolutoria; que la “ratio” para la exigencia de la consignación prevista en el art. 175-6.^a es la misma; en fin, el propio art. 107, regla 7.^a de la LH, relativa a la hipoteca de bienes vendidos con pacto de retro resulta sumamente esclarecedor de la exigencia de la consignación como efecto de la subrogación real, al imponer que se limite la hipoteca a la cantidad que el comprador debe recibir en caso de resolverse la venta —lo que no significa que la hipoteca recaiga sobre dicha cantidad, ni tampoco que no puede constituirse por un mayor importe que ella— y se dé conocimiento del contrato de hipoteca al vendedor, a fin de que, si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no ser que medie precepto judicial.

D) *Segregaciones y cláusulas hipotecarias: efectos y fórmulas*

En la cláusula hipotecaria sometida a este informe, la Caja de Ahorros consiente expresamente que la compradora o sus causahabientes segreguen de la finca que previamente se agrupará —resultante de las registrales núm. 6.024, 6.026, 6.028 y 6.030— una superficie de 31.149,75 metros cuadrados con una variación en más o en menos del 1 por 100; de la finca 6.036, 780,15 metros cuadrados con la misma variación; y de la finca 6.038, 10.945,29 metros cuadrados, con igual variación; quedando las superficies que se segreguen, que son precisamente las que no están incluidas dentro del Plan Parcial núm. 9 del Ayuntamiento de Móstoles, totalmente libres de la responsabilidad hipotecaria que se pretende constituir.

1. *Consentimiento para segregar*

En primer lugar, la constitución de hipoteca no puede mermar la libre disposición del deudor sobre sus bienes hipotecados hasta el punto de que fuera necesario el consentimiento del acreedor hipotecario para efectuar segregaciones. A tal efecto, da igual que éstas se consideren como actos de administración, como actos de riguroso dominio o como actos dispositivos, pues la hipoteca no legitima las prohibiciones de disponer ni, por tanto, invalida los actos de disposición —art. 27 LH—. De entrada, pues, huelga cualquier consentimiento anticipado por parte del acreedor hipotecario en tal sentido.

En segundo término, las porciones de terrenos segregados surgirán como consecuencia de un proceso urbanístico no dependiente de la exclusiva voluntad de deudor hipotecario ni, por tanto, del acreedor hipotecario.

2. *Consentimiento para liberar de responsabilidad hipotecaria ciertos terrenos*

Ahora bien, la razón jurídica por la cual no es precisa la intervención de los titulares de derechos reales sobre las fincas de origen, que no pueden impedir las segregaciones, agrupaciones, agregaciones o divisiones, es el hecho de que éstas dejan intactos sus derechos, afecciones o gravámenes. Así, el art. 47 del RH, para las segregaciones, dispone que "en la inscripción de la nueva finca se expresará la procedencia de ésta y los gravámenes vigentes de la finca matriz".

Como quiera que es de interés de las partes que la sociedad vendedora readquiera las fincas que a la sociedad compradora no le conviene comprar, es lógico que tal readquisición se produzca libre de cargas.

Ocorre, sin embargo, que tal efecto se logrará merced a uno de los dispositivos contractuales previstos en la operación que habrá de celebrarse con carácter previo: La compraventa con pacto de retro (vid. art. 1.520 CC). Se articule como pacto de retro o como condición resolutoria, en prioridad le confiere el efecto de purgar la hipoteca, por lo cual, si uno y otra resultan inscritas, al depender la determinación de las fincas que han de quedar liberadas de responsabilidad hipotecaria de un criterio prístinamente objetivo, se coloca el supuesto fuera del alcance de la aplicación de los arts. 123 —elección del acreedor— y 124 —elección del deudor— de la LH, toda vez que, al tiempo de constituirse la hipoteca aparece previamente registrado aquel derecho con la relativa indeterminación de su objeto pendiente de un criterio de índole tal que nos permite

entenderlo asumido en el área de riesgo del acreedor hipotecario, por cuanto que éste, a la hora de fijar el capital prestado, ha debido detraer el valor de los terrenos cuya extensión superficial publica el Registro como “liberalizable”.

No obstante, **configurado** el pacto de retro como se ha indicado más arriba para su inscribibilidad, podría ocurrir que no llegara a ser ejercitado, o bien se ejercitase la hipoteca con anterioridad a su ejercicio, a cuyo efecto sí sería de evidente utilidad la constancia previa del consentimiento del banco para su liberación, en beneficio, en este caso, del comprador o causahabiente ejecutado.

¿Puede un consentimiento como el descrito exonerar de la exigencia de consignación del precio a devolver —30.000.000 pesetas—, al retrotraer los terrenos en cuestión? Si no llega a ejercitarse la retroadquisición, aunque sí será necesario ese consentimiento de la entidad prestamista para la correspondiente liberación hipotecaria, no habrá obligación alguna de consignar, por carecer de sentido exigirla cuando no surgen deberes recíprocos de restitución entre vendedor y comprador. En cambio, si llega a ejercitarse el derecho de retro, no sería necesario ese consentimiento del acreedor hipotecario para la respectiva liberación; pero, ¿sería suficiente para entender al vendedor dispensado de la obligación de consignar (lo que siempre cabrá prever anticipadamente si queda claro el alcance relativo de la cautela, esto es, sólo dispensaría de consignar a favor del dispensante) como condición para la reinscripción a su favor? Si el ejercicio del derecho de retro es voluntario del vendedor, una vez que se cumplan las circunstancias previstas, y éstas por sí solas —inscripción del Proyecto de Compensación como hecho **desencadenante**— bastan para considerar la hipoteca extinguida parcialmente, no tendría sentido exigir la consignación porque cuando el derecho de retro se ejercita se habrá extinguido la hipoteca.

3. *Problemas registrales: la extinción parcial de la hipoteca*

Con lo cual, el centro de gravedad del problema se desplaza a las siguientes cuestiones **registrales**: ¿Cómo habrá de constar en el Registro la extinción parcial de la hipoteca para que no sea exigible la consignación de los 30.000.000 pesetas, si no se pacta dispensa inicial de ésta? Y, ¿cómo resolver este problema anticipadamente? Esto es, ¿qué contenido deberá tener una cláusula tendente a simplificar y clarificar este estado de cosas?

He aquí la importancia de determinar el momento y la clase de constancia registral a que dará lugar la liberación parcial pretendida. Si bien,

como tiene declarado la DGRN la forma y titulación precisas para la práctica de los asientos en el Registro es materia sustraída a la autonomía de la voluntad, pueden, no obstante, evitarse problemas de forma y de fondo si se determina con claridad y precisión el supuesto de hecho que ha de desatar el asiento que corresponda.

Pactar la liberación parcial de los terrenos que se segreguen y que no estén incluidos en PP 9, sin más, no solucionaría los problemas. Piénsese, que la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación en el ámbito del polígono o unidad de actuación, como consecuencia de la iniciación del expediente urbanístico, perdura hasta que sea firme en vía administrativa el correspondiente acuerdo aprobatorio de la reparcelación —art. 98.2 TRLS de 9-abril-1976—. Esto es, las segregaciones aludidas en la cláusula hipotecaria no serán tales segregaciones, ni el problema registral consistirá en si se arrastrarán o no, o cómo se arrastrarán tales hipotecas a las porciones segregadas, pues la delimitación registral de los terrenos liberables se producirá como consecuencia del correspondiente Proyecto de Compensación, aprobado definitivamente, firme en vía administrativa e inscrito. Pues bien, se recurre —DA 10.^a, Ap. 4.3 Ley 8/90— al procedimiento de la agrupación y división, o al de cancelaciones directas de folios de las fincas originarias y apertura de folio a las fincas de reemplazo, lo que está claro es que ni la agrupación ni las cancelaciones podrán afectar a todo el folio si en éste se hallan inscritos terrenos no incluidos en la unidad de actuación. No se trata, por tanto, de un problema de segregaciones —sin perjuicio de las sucesivas que se hicieren después— ni de arrastre de cargas, sino de que el folio matriz se vería modificado en la extensión de la finca, pero permanecería en él la inscripción de la hipoteca correspondiente, además del traslado de ésta a las fincas de reemplazo (y de los consiguientes problemas de distribución hipotecaria sobre fincas de reemplazo, de posibles hipotecas solidarias sobrevenidas y de su colisión con eventuales titulares de derechos o cargas sobre las fincas de destino). En cualquier caso, serían aplicables, “*mutatis mutandi*”, a las segregaciones aludidas las mismas pautas y criterios que siguen, para el caso de que se efectuaran en el tiempo que media entre la aprobación, ya firme, del expediente urbanístico, y la inscripción de éste en el Registro.

Planteada la cuestión en estos términos, podrían configurarse la cláusula hipotecaria con perfiles y efectos distintos, teniendo en cuenta el art. 144 de la Ley Hipotecaria, cuyo ámbito de aplicación no tiene por qué ceñirse a los hechos o convenios entre las partes que puedan modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, en el sentido de que el pacto haya de ser siempre posterior a la hipoteca. La razón de un pacto simultáneo referido a un hecho posterior —que es la de nuestro caso— nos

permitirá subsumir la cláusula en este precepto y recurrir a alguna de las previsiones que, por otra parte, sólo enumera “*ad exemplum*”. Su concordante art. 240 RH se ocupa de detallar el tipo de asiento a practicar según el caso. Si, como parece, la hipoteca va a ser ejecutable sobre la totalidad de las fincas hasta el momento de la exclusión de ciertos terrenos, pudiéramos estar ante un pacto “de non petendo”, en el que comprador y prestamista convienen en no reclamar sobre parte de los bienes hipotecados una vez que llegue ese momento. Pues bien, el art. 240 RH, que ciertamente no es un dechado de perfecciones, no contempla específicamente el tipo de asiento que habrá de practicarse en caso de pacto o promesa de no pedir, como no sea reconducible en nuestro caso al supuesto de resolución o ineficacia parcial del contrato que sí regula como objeto de una cancelación parcial. Pero, como el propio precepto reglamentario establece y la buena técnica jurídica (8) nos enseña, el fenómeno resultatorio es más propio del contrato que del derecho real: el efecto propio de la resolución parcial de la hipoteca debería ser la extinción del derecho real de hipoteca y, por ende, la continuación del contrato de préstamo sin garantía real, lo que no parece cohonestarse con las previsiones prácticas de las partes.

¿Sería tipificable como novación parcial? (arts. 1.203, 1.º y 1.204 CC). Para tal caso se prevé una nueva inscripción y la cancelación de la precedente, sin distinguir entre novación total o parcial, tal vez imbuido el legislador reglamentario por la novación consistente en la extinción de la obligación garantizada y su sustitución por otra, que da origen a una nueva hipoteca. Aunque se admita que la constitutividad de la inscripción de ésta exige la constancia registral de la novación incluso “*inter partes*”, y no sólo a los efectos de protección de terceros (9), no toda modificación de descripción de finca hipotecada implicará necesariamente novación. Con todo, las peculiaridades de nuestro caso —sustitución de fincas originarias por fincas susceptibles de agrupación o reemplazo, ambos por mor del expediente de compensación, y concentración en éstas de la responsabilidad hipotecaria, con liberación de ésta en la finca resto— podría encajar como supuesto de novación modificativa, que nos permitiera aceptar una cláusula hipotecaria dirigida a las cancelaciones parciales interesadas y concentración del crédito en las fincas propiedad de quien previamente haya adquirido los terrenos en cuyos respectivos folios registrales aparecen publicadas (no el mero consentimiento anticipado del acreedor hipotecario) las futuras liberaciones y concentraciones de responsabilidad.

(8) V. P. AVILA NAVARRO, *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, pág. 216.

(9) V. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derechos hipotecarios*, págs. 466, nota 12.

Bien entendido que tal cosa en absoluto representa asunción de deuda, ni expresa ni tácita, pues mediante la concentración de la responsabilidad hipotecaria total no se adquiere más responsabilidad hipotecaria que la haciedera sobre esos bienes no liberado, si bien hasta el monto total de la deuda hipotecaria (10).

Quizá la solución más exenta de problemas está en estipular una cláusula de cancelación —no mera liberación— parcial —aunque será total en relación con la finca resto— por caducidad convencional o pactada —admitida por la DGRN en Res. 31-7-1989—, en la que el término inicial sería el de constitución de la hipoteca y el final el de la inscripción en el Registro de la Propiedad del Proyecto de Compensación. Al amparo del art. 82-2.º de la LH, podría el propietario de la finca en ese momento obtener la cancelación por caducidad de la hipoteca inscrita, con base en la extinción registral del derecho inscrito sobre las fincas finalmente excluidas del polígono, extinción que resultaría del propio título inscrito y de la debida acreditación de la exclusión.

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Si, con todo, y ponderados los intereses implicados en cada una de las cuestiones tal y como han sido desvelados, se quiere llevar a cabo la operación contando con los dispositivos contractuales diseñados —agrupación + compraventa de todo + pacto de retro + cláusula hipotecaria— habrán de articularse atendiendo a las observaciones formuladas en este informe.

En síntesis:

1. Habrá que suprimir los pactos y manifestaciones que enturbian jurídicamente la operación, quedando como compraventa, sin matizaciones, de todas las fincas, sin perjuicio de que permanezca lo dicho en los expositivos. Tales pactos son los analizados en el epígrafe “B” y “C” de este informe.

2. Podrá incluirse un pacto de retro añadido a la compraventa si se respetan los límites señalados en el epígrafe “C” para su inscribibilidad

(10) V., por el contrario, TIRSO CARRETERO, comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969, *RCDI*, núm. 475, 1969, pág. 1.667: “En nuestra opinión Camy ha dado en el blanco sin percatarse de ello. Es efectivamente un supuesto de novación modificativa, la asunción de deuda, la que nos puede abrir el camino del consentimiento unilateral de cancelación parcial y concentración del crédito en la finca propiedad de quien previamente haya asumido, expresa o tácitamente (?), la deuda hipotecaria total”.

—como facultad del vendedor, ejercicio, plazo...—. O bien podrá sustituirse por una condición resolutoria, sopesando lo dicho.

3. La cláusula hipotecaria de referencia habrá de ser sustituida por otra que tenga por objeto directo y claro la cancelación de la hipoteca sobre los terrenos excluidos, no como mero soslayo de una *superflua* autorización para segregar. Configurarla como relativa a la cancelación, en lugar de a la liberación, evitará problemas ulteriores. Quizá la cancelación por caducidad convencional —¿sin plazo?— sea el instrumento más idóneo y seguro. Al propio tiempo, debe quedar clara la operatividad de la cancelación cualquiera que sea el propietario de las fincas —vendedor, comprador, o terceros—, única manera de que goce de trascendencia real, evitando tener que contar con el consentimiento de eventuales terceros adquirentes —incluso "pro indiviso"— de las fincas hipotecadas afectadas —no bastando, a tal efecto, autorizar para segregar al comprador o a sus *causahabientes*—, o con el de posibles cesionarios del crédito hipotecario —al margen de los efectos del art. 151 LH.

PROPUESTAS ALTERNATIVAS

No queremos cerrar este informe sin sugerir otras posibles maneras de proceder, por si las partes lo estiman más ajustado a la realidad de su propósito negocial, más conveniente a sus respectivas posiciones jurídicas como centros de interés —vendedora, compradora, acreedor hipotecario, terceros—, o más favorable, desde la perspectiva de los costes económicos de la operación —contractuales, fiscales o *arancelarios*—, con pleno respeto, en todo caso, a la legalidad —civil, registral y urbanística— vigente.

Se trata de buscar una fórmula jurídica que deje bien *calzada* la verdadera intención práctica de las partes. En una palabra: ¿Cómo hacer lo que quieren hacer: comprar sólo una parte de las fincas, las urbanizables, sin necesidad de apostillar más instrumentos jurídicos adicionales al contrato de compraventa? Sencillamente, comprando en parte, terrenos —sobre los que tengan la certeza de su inclusión en el Polígono— y, en parte, cuotas indivisas de las fincas que parcialmente quedarán excluidas. O, si no existe tal certeza sobre algunas de las fincas, o no quieren aventurarse las partes, cómprense sólo cuotas indivisas. Analicemos la posibilidad legal, inconvenientes y ventajas de tal hipótesis.

Ante todo, lo que vetan los arts. 14 y 15 —y el art. 96 TRLS— de la Ley 4/1984, de 10 de febrero, sobre Medidas de Disciplina Urbanística, de la Comunidad de Madrid, son las escrituras de división o parcelación de terrenos sin la correspondiente autorización, licencia de parcelación o sin

que se haya aprobado definitivamente el Proyecto de Compensación o de Reparcelación —art. 1.4—. La adquisición de cuotas indivisas para nada altera la fisionomía física de la finca ni condiciona, precluye, o conforma el destino de lo adquirido en lo que se refiere a esas parcelaciones o segregaciones. Por otra parte, el art. 394 del CC no resulta aquí vulnerado por los actos de ejecución de los compromisos urbanísticos mencionados “infra”. Apreciación que debe ser mantenida tanto si se suscribe la tesis de la comunidad de bienes como “propiedad plúrima total” (11), como si, más bien, admitimos con nuestro Código Civil que “todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte... Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la Comunidad”, o si aceptamos la fórmula que con encomiable acierto previene el art. 54.1 del RH: “Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente”. Esto es, la cuantificación matemática ínsita en la adquisición de una cuota indivisa no puede vulnerar dichas normas urbanísticas por la elemental razón de que aquélla va referida a la cuota, no al terreno ni, por tanto, puede implicar por sí concreción material alguna de éste.

A lo más, cabría presumir (12) la existencia de parcelación o segregación —encubierta o fraudulenta, por tanto, al no contar con la correspondiente autorización administrativa— si se enajenasen partes indivisas de las fincas con incorporación del derecho actual de utilización exclusiva de

(11) STS de 28 de mayo de 1986: “Según la denominada teoría de la “propiedad plúrima total”, recibida como la mejor fundada sobre la naturaleza jurídica de la propiedad y que se conceptúa más acomodada a nuestro ordenamiento positivo, cada copropietario tiene un derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión, pero limitado en lo referente a su intensidad por la concurrencia de los demás, de manera que cada titular le pertenecen todas las utilidades de la cosa, aunque el ejercicio del derecho venga constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales, situación de donde arranca el concepto de “cuota”... De seguir por ahí habría que preguntarse que si cada copropietario no tuviera la propiedad total de la cosa, ¿de quién adquiriría lo que se le adjudique en pago de su cuota? Interrogante que revela transubstanciación —inexacta e innecesaria— de la primera frase del art. 399 del CC a manos de dicha teoría. V. al respecto Lacruz (*Elementos* III-1, pág. 276) y Miquel (*Comentario del CC*, I, pág. 1.098).

(12) Así se ha previsto en algunas CCAA, como la Canaria, en la que el art. 3 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca de 9 de junio de 1987 establece, para las parcelaciones de suelo rústico: “A los efectos de la presente orden se presumirá la existencia de parcelación o segregación cuando se enajenen partes indivisas de una finca rústica, con incorporación del derecho de utilización exclusiva de partes concretas de la misma, así como la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad del socio incorpore el derecho de uso exclusivo sobre una parte del predio total”.

partes concretas de las mismas (13). Pero no es nuestro caso, donde esa concreción lo es de futuro y justamente como consecuencia de la aprobación definitiva y firme del correspondiente Proyecto de Compensación. Para nada afecta a lo dicho los actos de ejecución de los compromisos urbanísticos en los que la sociedad compradora se subroga —estipulación 6.^a—, pues del mismo modo se desarrollaría y habría de cumplirse aunque hubiere un único propietario (cfr. art. 62 TRLS).

Ahora bien, la inclusión del criterio —a todas luces objetivo (compruébese art. 402 CC)— del Proyecto de Compensación como vía de especificación o determinación de las cuotas, obviará cualquier tipo de problemas a la hora de disolver el condominio y adjudicar a la parte ahora compradora los terrenos inmersos en el mencionado proceso urbanístico. En unión de la publicidad registral del criterio de determinación, las propias normas urbanísticas de la compensación desvanecen problemas que, en otro caso, podrían derivarse de la aplicación de los arts. 399, 402, 403 y 405 del CC, en punto a la partición, por desacuerdos entre condóminos, acreedores o cesionarios.

La mala prensa de las hipotecas de cuotas indivisas —de indiscutible admisibilidad al amparo del art. 106 de la LH y 399 del CC—, por la dificultad de encontrar postores a los que colocar la cuota en caso de ejecución, no se agrava por la imposibilidad momentánea (por lo que tampoco ha de ser óbice el art. 400, 1 del CC, tratándose de una situación que en ningún caso desbordaría los límites temporales permitidos por el párrafo segundo del propio precepto para excluir la acción de división) de que prosperase una ulterior división de la cosa común —al encontrarse paralizada la vía de la *licencia*—, sino que carece de sentido en un caso con las dimensiones urbanísticas del presente. Además, de llevarse a cabo la operación como se ha diseñado con anterioridad, ¿no producirá igual efecto disuasorio el damocliano pacto de retro recayente indeterminadamente —**también de momento**— sobre la totalidad de las fincas afectadas? La única diferencia existente entre ejecutar y adjudicar fincas concretas sujetas “*intoto*”, si bien transitoriamente, al derecho de retro del vendedor, ejecutar y adjudicar cuotas indivisas concretas, con transitoria indeterminación, pero segura determinación de su objeto, radicaría en que el monto —30.000.000 pesetas— de valor fijado al derecho de readquisición resul-

(13) El recurso a las transmisiones de cuotas indivisas, bien porque sea lo que las partes se proponen, bien como vía para dar cauce a los negocios entre particulares impracticables (transitoriamente) en otro caso, evitarán la innecesaria congelación de transacciones inmobiliarias por causa de paralizaciones estructurales o procedimentales de las debidas autorizaciones administrativas.

tara menos disuasorio de cara a su transmisión, lo que parece impensable si al establecerse las cuotas indivisas objeto de compraventa, primero, y de hipoteca, después, se mantienen los lógicos módulos de proporcionalidad en relación con el valor total de los bienes.

JULIO-JESÚS FERNÁNDEZ VARA

Registrador de la Propiedad

Móstoles, 13 de abril de 1992