

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10014 *Resolución de 30 de mayo de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Fernando Checa Pons, contra la negativa del registrador de la propiedad nº 2 de Mijas, a anotar un embargo sobre un exceso de edificabilidad sobre un solar.*

En el recurso interpuesto por don Fernando Checa Pons contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad número 2 de Mijas, don Antonio Gallardo Piqueras, por la que se deniega una anotación de embargo sobre un exceso de edificabilidad sobre un solar.

Hechos

I

Por providencia del juzgado de primera instancia número 7 de Madrid, de fecha 28 de junio de 2007, se decretó anotación preventiva de embargo sobre el sobrante de edificabilidad correspondiente a un solar propiedad de la entidad ejecutada.

II

Presentado mandamiento ordenando la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad número 2 de Mijas, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Visto por Antonio Gallardo Piqueras, Registrador de la Propiedad número dos de Mijas, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 1362/2008, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, por doña Mercedes Román Quijano, de los documentos que obran en dicho procedimiento, en virtud de solicitud de inscripción. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes HECHOS: Primero.—El documento objeto de la presente calificación, mandamiento de anotación de embargo librado por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Madrid, de fecha 4 de febrero de este año, presentado, a las 11,55 horas, del día 4 de febrero de 2008, asiento 1938 del Diario de Presentación número 87. Dicho documento fue presentado con anterioridad, el 19 de julio de 2007, habiendo recibido en virtud de dicha presentación nota de calificación de fecha 4 octubre de 2007, en la que junto a otro defecto, actualmente subsanado, se advertía: “en el mandamiento...”..... Segundo.—Presentado nuevamente el título, se acompaña al mismo certificación expedida en Mijas el 14 de enero de dos mil cinco, por doña María de la Peña Ortiz Alarcón, Secretaría accidental, por Decreto de Delegación de fecha 23-07-2007, del Excelentísimo Ayuntamiento de Mijas, en la que se afirma la existencia, originariamente, de un exceso de edificabilidad; el cual, sin embargo, ha quedado parcialmente absorbido por un exceso de obra anterior.—Un documento del que, no puede entenderse acreditado, sin embargo, la constancia registral de ese exceso de aprovechamiento urbanístico sobre la finca a que se refiere el mandamiento que se pretende anotar. Por lo que subsiste el defecto apuntado bajo el ordinal 2.º de la nota de calificación, previa, anteriormente referida. A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1.—Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el Registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. 2.—No es posible la práctica de anotación preventiva

sobre derecho alguno que no aparezca inscrito, conforme a las exigencias derivadas del principio hipotecario de tracto sucesivo (artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 140 de su Reglamento), debiendo en tal caso denegarse la práctica del asiento solicitado. En su virtud, resuelvo SUSPENDER la inscripción solicitada, por la concurrencia de los defectos mencionados, y sin que proceda la extensión de anotación preventiva de suspensión, a pesar del carácter subsanable de todos los defectos indicados, al no haber sido expresamente solicitada. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los tribunales de Justicia para contender y ventilar entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos calificados. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Mijas, 21 de febrero de 2008. Conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria queda prorrogado el asiento de presentación por plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción a la última notificación. La presente nota de calificación se extiende con la conformidad de todos los titulares de este Registro, a los efectos del artículo 18 de la Ley; y podrá ser impugnada directamente, dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha de notificación de la presente calificación, ante los Juzgados de la capital de la provincia de Málaga, con sujeción a las normas del juicio verbal. Sin Perjuicio de ello, también podrá recurrir potestativamente y con carácter previo dentro del plazo de un mes contado desde la notificación de la presente calificación, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previos a los artículos 66, 324 y 328 de la Ley Hipotecaria. Asimismo, puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones conforme a lo establecido en los artículos 19 bis y 275 bis de la citada Ley Hipotecaria y al Real Decreto 1039/2003, en el plazo de quince días a contar desde dicha notificación; sin perjuicio del ejercicio de cualquier otro medio de impugnación que el interesado entienda procedente. Firma ilegible». Solicitada calificación sustitutoria, fue confirmada la nota de calificación por el Registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga número 2.

III

Contra la anterior nota de calificación, don Fernando Checa Pons interpone recurso en virtud de escrito de fecha 24 de noviembre de 2008, en base entre otros a los siguientes argumentos: que el derecho de aprovechamiento urbanístico es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, como ha reconocido la reforma por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, todo ello con el objetivo la posibilidad de su transferencia y gravamen; ese derecho de aprovechamiento urbanístico puede hacerse constar por nota marginal cuando integra la finca a la que acrece o bien como inscripción separada; que en la escritura de obra nueva y división horizontal otorgado por la entidad ejecutada se reservó el promotor el derecho a construir en las zonas comunes o sobre el vuelo de los edificios el total volumen edificable a que con arreglo a la ley tengan derecho; que todo ello se acredita con la certificación urbanística expedida por el Ayuntamiento.

IV

El Registrador emitió informe el día 23 de noviembre de 2008, confirmó su nota de calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 20 de la Ley Hipotecaria; artículos 62 y siguientes de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; artículos 33 y siguientes y 77 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio; artículo 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; y la Resolución de esta Dirección General de 5 de abril de 2002.

1. Se debate en este recurso si es procedente la práctica de una anotación de embargo sobre un exceso de edificabilidad que no consta previamente inscrito en el Registro, cuando se acompaña certificación urbanística del Ayuntamiento de Mijas, donde radica el inmueble, en el que a requerimiento del juzgado se certifica la edificabilidad proyectada para el que se ha concedido la licencia y el derecho existente a un mayor volumen edificable y superficie de ocupación de la edificación existente sobre la total superficie de la parcela.

2. No cabe duda que el concepto de finca inscrita hoy en día no se limita a su descripción perimetral, sino que abarca también su edificabilidad. En este sentido, esta Dirección General tuvo ya oportunidad de afirmar la posibilidad de configurar como finca independiente el volumen edificable existente en el subsuelo (cfr. Resolución de 5 de abril de 2002) y el propio Texto refundido de la ley del suelo ha sancionado esta concepción moderna de finca en su artículo 17.a) cuando la define como unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Añade ese precepto, que cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral.

3. Fiel a esta concepción las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, admiten la posibilidad de que el aprovechamiento urbanístico de una finca –en la medida que esté así reconocido en el planeamiento urbanístico–, que forma parte del contenido del dominio y por tanto está implícito en la descripción meramente perimetral de la finca registral, pueda independizarse y a modo de agregación pasar a formar parte de la finca a la que se transfiere haciéndose constar por nota marginal (cfr. artículo 77, Real Decreto 1093/1997), o bien –a modo de segregación– pasar a formar finca registral independiente (cfr. artículo 39 del Real Decreto 1093/2007). Pero nada impide que forme parte de la propia finca beneficiaria del aprovechamiento urbanístico.

4. En el supuesto que nos ocupa existe un solar que es objeto de embargo en cuanto a su exceso de edificabilidad. Y se acompaña certificación urbanística del Ayuntamiento que describe pormenorizadamente –cumpliendo así suficientemente lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto 1093/1997– el exceso de edificabilidad existente sobre la parcela. En concreto se especifica –entre otros extremos– que la edificación que obtuvo licencia ocupa un 36,14% de la parcela, esto es, 1807 metros cuadrados ocupados, estando permitida una ocupación máxima del 40% respecto de la superficie total de la parcela que es de 5.000 metros cuadrados, esto es, 2.000 metros cuadrados, por lo que podría aumentarse la ocupación en 193 metros cuadrados. Al mismo tiempo se certifica que respecto a la licencia de obras concedida quedan 464 metros cuadrados de edificabilidad por consumir, al haberse consumido solamente 1,24 metros cuadrados de techo edificable por metro cuadrado. En definitiva la calificación urbanística aportada junto con el mandamiento de embargo, permite delimitar suficientemente el aprovechamiento urbanístico perteneciente a la finca embargada, de manera que ningún obstáculo existe a la práctica del embargo sobre él, que deberá hacerse constar –previa delimitación del mismo– en el folio de la finca. Sólo en el caso de ejecución del embargo podrá configurarse como finca independiente o adscribirse por nota marginal a otra finca.

5. Por otra parte el exceso de edificabilidad sobre la parcela se lo reservó expresamente el promotor en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal sobre la misma. Por lo que ningún inconveniente existe, desde la perspectiva del tracto sucesivo, a la anotación preventiva del embargo sobre ese exceso de edificabilidad –verdadero derecho de aprovechamiento urbanístico materializable– pues aún es parte del contenido de la finca registral y por tanto aún está inscrito a favor de la sociedad promotora ejecutada, por lo que no será necesario el consentimiento de los titulares de derechos sobre los elementos independientes que pudieran haber resultado de la división horizontal.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 30 de mayo de 2009.—La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.