

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5303 *Resolución de 13 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Álora a inscribir una escritura de compraventa de aprovechamiento urbanístico.*

En el recurso interpuesto por doña D. N. G. M., en nombre y representación y como administradora única de la sociedad «Promanque, S.L.», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Álora, don Antonio Gallardo Piqueras, a inscribir una escritura de compraventa de aprovechamiento urbanístico.

Hechos

I

En escritura otorgada en Marbella ante su Notario, don Filiberto Carrillo de Albornoz Fisac, el día 4 de junio de 2015, protocolo 1.418, la entidad «Hermcapital, S.L.», vendió a «Promanque, S.L.», 3.806,66 unidades de aprovechamiento cuya finca de origen es la registral número 3.187 del Registro de la Propiedad de Álora, que consta de un total de 12.680,82 unidades de aprovechamiento, y cuya finca de destino es la registral número 5.017 con unas unidades de aprovechamiento de 4.446,33 y que, tras la compraventa, ascenderán a 8.252,99 correspondientes a 10.316,14 metros cuadrados de techo edificable de uso comercial que se adjudicarán a la sociedad «Promanque, S.L.», en el proceso de reparcelación en parte de la parcela C1, del plano P1 del Plan Parcial del Sector, y en concreto en la finca origen 5.017.

II

Presentada la anterior documentación, aportándose posteriormente informe del Ayuntamiento de Cártama, de fecha 15 de octubre de 2015, fue objeto de la siguiente calificación: «Visto el procedimiento registral identificado con el número de entrada 72.683/2015, iniciado como consecuencia de la presentación en el mismo Registro, por Don O. E. F., 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 escritura otorgada en Marbella, ante el notario Don Filiberto Carrillo de Albornoz Fisac, el día 4 de junio de 2015, protocolo 1.418, fue presentado por Don O. E. F. a las 11:20 horas del día 3 de septiembre de 2015, asiento 566 del Diario de Presentación número 141, en unión de las cartas de pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Con fecha 11 de septiembre de 2015 el documento fue retirado por el presentante. Con fecha 16 de noviembre de 2015 el documento fue reingresado. Con fecha 4 de diciembre de 2015 se aportó informe del Ayuntamiento de Cártama, de fecha 15 de octubre de 2015. Segundo. Se pretende la inscripción del contrato de venta de determinados derechos de aprovechamiento urbanístico, que no constan previamente inscritos, sin que se acredite la autorización, contenida en el instrumento de planeamiento correspondiente, para la realización de la transferencia de aprovechamiento urbanístico celebrada. Tercero. No se identifica plenamente la parcela concreta cuyo aprovechamiento urbanístico es objeto de transmisión en el título (reseñada exclusivamente por referencia a la finca de origen, aportada al sistema de ejecución –«registral número 3.187 del Ayuntamiento de Cártama», anteriormente pertenecientes a Desarrollos Urbanísticos del

Guadalhorce, S.L. y actualmente adquiridos en remate por la transmitente–, identificándose la finca de resultado de manera simplemente genérica, como «resto de terrenos integrantes del Sector UR-1B-2»); ni se acredita, de este modo, la existencia, en relación con la parcela origen de la transmisión, de un excedente entre el aprovechamiento lucrativo correspondiente al titular de la misma y el aprovechamiento objetivo o patrimonializable sobre la misma parcela. Junto a ello, no se especifica la parcela concreta en que deberá materializarse el aprovechamiento urbanístico objeto de transmisión en el título –referida en este, a un tiempo, como «parcela de 8.438,29 m² de suelo en parte de la parcela C1, del plano P1 del Plan Parcial del Sector, y en concreto (sic.) en la finca origen 5.017» y como parcela resultante de la ejecución del referido Sector UR-1B-2, que habrá de adjudicarse al adquirente de los aprovechamientos, como consecuencia de la aportación al sistema de ejecución de la finca registral 5017 del término de Cártama, descrita en el título–; y, por lo mismo, tampoco se acredita el déficit de aprovechamiento subjetivo en que ha de encontrarse el titular de la parcela de destino, por razón del aprovechamiento objetivo atribuido a la misma por el planeamiento urbanístico y el correspondiente instrumento de actuación. Cuarto. Por ello, tampoco se acredita, ni puede comprobarse, la equivalencia de valor urbanístico entre el aprovechamiento urbanístico que se transmite y el aprovechamiento objetivo atribuido por razón del mismo a la finca de destino. Quinto. Tampoco consta la cesión gratuita al municipio, libre de cargas y en pleno dominio, de las superficies de suelo de que trae causa el aprovechamiento subjetivo objeto de transferencia. Sexto. No se acredita la autorización del municipio para la transferencia de aprovechamiento que se pretende, con la consiguiente inscripción de dicha transferencia en el Registro de transferencias de aprovechamiento. Séptimo. En el título, el adquirente de los derechos de aprovechamiento constituye hipoteca sobre la finca registral aportada al sistema y que habrá de dar lugar a la materialización de los derechos de aprovechamiento transmitidos (finca registral 5.017), en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato y de una cantidad adicional, correspondiente a «la mitad del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que corresponde abonar a Promanque»; al haber pactado en la cláusula sexta, in fine, que el referido impuesto «se satisfará por mitad entre las partes». A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, están sujetos a calificación por el Registrador, quien, bajo su responsabilidad, resuelve 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. II. El artículo 62, apartado 1, de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, permite las transferencias de aprovechamiento urbanístico siempre que «así lo previera el instrumento de planeamiento aplicable»; por lo que, de este modo, la validez del contrato de transferencia del aprovechamientos urbanísticos se halla condicionado a la autorización expresa del mismo, dentro del instrumento de planeamiento aplicable. III. Las transferencias de aprovechamientos urbanísticos exigen la plena determinación de la parcela o solar origen del aprovechamiento que se transmite, en la que debe existir un excedente de aprovechamiento subjetivo, así como la perfecta determinación de la parcela en que deba materializarse el aprovechamiento objeto de la transmisión. Y, así, dice el artículo 62, apartado 1, de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, que «los propietarios de una parcela o solar pueden transferir el aprovechamiento subjetivo que les corresponda y no puedan materializar en una u otro a otras parcelas o solares en situación inversa, es decir, que tengan atribuido un aprovechamiento objetivo superior al que corresponda a sus propietarios»; puesto que, continúa el precepto, «la transferencia determina la justa distribución del aprovechamiento objetivo entre los propietarios intervinientes y legitima su materialización por éstos». IV. Por todo ello, dado que la transferencia de aprovechamiento tiene por objeto, de manera exclusiva (cfr. artículo 62, apartado 4, de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía), «el cumplimiento de sus deberes y obligaciones urbanísticos y el cumplimiento del principio de justa distribución de beneficios y cargas», el apartado 3 del mismo artículo condiciona la eficacia de las

transferencias a «la equivalencia, en términos de valor urbanístico, entre dicho aprovechamiento subjetivo y el aprovechamiento objetivo que sea atribuido por razón de éste». V. Por la misma razón, el artículo 62, apartado 3, de la citada Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía condiciona la eficacia de la transferencia de aprovechamiento a «la cesión gratuita al municipio, libre de cargas y en pleno dominio, de las superficies de suelo de que traiga causa el aprovechamiento subjetivo que sea objeto de transferencia». VI. El mismo precepto somete asimismo las transferencias a licencia, como requisito de legalidad del negocio de transmisión de los aprovechamientos; estableciendo, a tal fin, que «la transferencia de aprovechamiento deberá ser aprobada por el municipio, según propuesta suscrita por los interesados y formalizada en escritura pública, con planos adjuntos expresivos de la localización y dimensiones de las parcelas o solares implicado». Estableciendo a su vez el artículo 65 –«el Registro de Transferencias de Aprovechamientos–», apartado 1, letra a, que «los municipios crearán un Registro de Transferencias de Aprovechamientos en el que inscribirán, al menos (...) los acuerdos de cesión o distribución de aprovechamientos urbanísticos celebrados entre particulares». En este sentido, el artículo 37 –«autorización urbanística de las transferencias de aprovechamiento urbanísticos»– del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, establece que «cuando la legislación urbanística aplicable exija la previa autorización de la transferencias de aprovechamiento urbanístico, la concesión de licencia específica o la toma de razón previa en Registros administrativos destinados a hacer constar su realización, la concesión o inscripción respectiva constituirá requisito del acceso al Registro de la Propiedad de la transmisión o distribución». VII. El carácter accesorio de la hipoteca respecto de la obligación garantizada, que determina la imposibilidad de existencia de la garantía sin una previa obligación válida (cfr. artículos 1857, apartado 1.º, 1858 y 1876 del Código civil y 104 y 105 de la Ley hipotecaria), hace que no pueda accederse a la inscripción del derecho garantía, cuando la total relación obligatoria de la que forma parte es objeto de calificación negativa, por defectos materiales o de fondo. En el presente supuesto, sucede además que la hipoteca tiene por objeto determinada obligación de abono de una parte de ciertos tributos que se suponen correspondientes al acreedor hipotecario y que el deudor se compromete expresamente a satisfacer por mitad; sin que se determine plenamente el concepto a que responden dichos pagos; pues el impuesto de actos jurídicos documentados, en su modalidad de cuota fija, por el empleo de papel notarial, se satisface junto con los gastos notariales (cfr. artículo 27, apartado 3, del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 66, apartado 3, del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), y en su modalidad de cuota gradual –objeto de devengo, dada la sujeción de la operación al Impuesto sobre el Valor Añadido, como expresamente reconocen las partes–, grava, como «sujeto pasivo», al «adquirente del bien o derecho» o al «prestatario» –esto es, el propio deudor hipotecario–; quien de este modo queda así obligado directamente frente a la Hacienda Pública (cfr. artículo 68 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones, antes referido), sin intervención alguna del acreedor hipotecario (HSL); a quien, de este modo, no corresponde crédito alguno frente al deudor –puesto que la simple referencia al reembolso que la entidad adquirente realizará de la mitad de los anticipos que, según las partes, HSL verificará en calidad de «provisión de fondos» futura para el abono del impuesto, dentro del periodo voluntario de pago del mismo, no se conviene de manera inequívoca por los contratantes como auténtica y propia obligación, de carácter independiente, plenamente determinada en su objeto y elementos circunstanciales; sin que, además, se configure con una mínima claridad aquel posible deber futuro de reembolso del adquirente, respecto de la mitad de la cantidad anticipada, como verdadera obligación objeto de la garantía constituida–. Por lo que, de este modo, respecto de dicha obligación de pago del tributo, no cabe la constitución de la hipoteca

alguna en favor de persona distinta del verdadero acreedor del tributo, dado el carácter accesorio del derecho de garantía. Como, por otra parte, tampoco resultan inscribibles, por carecer de transcendencia real (conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y artículos 7 y 9 de su Reglamento), las cláusulas novena y décima de la hipoteca. En su virtud, resuelvo inscribir, con fecha de hoy, la modificación de la inscripción 24.^a de la finca que ahora se dirá, así como la cancelación de las condiciones resolutorias pactadas en la misma, sobre la finca con Código Registral Único 29001000194428, mediante la inscripción 28.^a, obrante al folio 218 vuelto, del tomo 1.196, libro 328; suspendiéndose la inscripción del resto del título por la concurrencia de los defectos mencionados, y sin que proceda la extensión de anotación preventiva de suspensión, a pesar del carácter subsanable de 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. Al margen de dicha inscripción se ha extendido una nota de afección fiscal por plazo de cinco años y se ha cancelado por caducidad dos notas de afección fiscal por igual plazo. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. La presente nota de calificación (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Antonio Gallardo Piqueras registrador/a de Registro Propiedad de Álora, a día diez de Diciembre del año dos mil quince».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña D. N. G. M., en nombre y representación y como administradora única de la sociedad «Promanque, S.L.», interpuso recurso mediante escrito en el que resumidamente expone: Primera.–Error al definir el supuesto de hecho: Acuerdo privado y no exigido por el planeamiento urbanístico al no encuadrarse en el artículo 62 de la Ley Ordenación Urbanística de Andalucía. Según el recurrente este, artículo está redactado para aplicarse, en la mayoría de los casos, a las transferencias de aprovechamiento de actuaciones urbanísticas, donde el planeamiento prevé transferencias de suelos excedentarios a deficitarios de aprovechamiento subjetivo con el fin de obtener dotaciones o compensar el defecto del aprovechamiento susceptible de apropiación de un propietario. Las transferencias de aprovechamiento urbanístico recogidas en los artículos 62 y siguientes de la Ley Ordenación Urbanística de Andalucía, deben estar previstas y autorizadas por la Administración Pública actuante pues se trata de adjudicar a los propietarios de suelo, conforme a su clasificación y aprovechamiento medio determinado para el área de reparto, el derecho que la ley les concede. Puesto que a veces las circunstancias del suelo o la ordenación pormenorizada conforme al interés general no puede adjudicar la totalidad del aprovechamiento subjetivo al propietario que le corresponde, se regulan las transferencias de aprovechamiento urbanístico, pero para el objetivo y el ámbito ya descritos. Recoge el artículo 62.1 de la Ley Ordenación Urbanística de Andalucía y señala que es necesario que exista esa situación para poder aplicar una transferencia de aprovechamiento urbanístico. La compraventa de aprovechamientos que pretenden inscribirse con la escritura no las prevé el planeamiento ni las impone, sino que es un acuerdo de transmisión privada de unidades de aprovechamiento consideradas como bienes inmuebles en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, y Segunda. La transmisión de aprovechamiento urbanístico como negocio entre particulares y de naturaleza civil. El aprovechamiento urbanístico, a juicio del recurrente, posee los siguientes caracteres civiles: a) Es un bien en sí mismo que se puede apropiar el sujeto por determinación legal; b) La conexión del aprovechamiento urbanístico con el suelo es esencial pero no es en sentido civil, fruto del mismo. Defiende que el aprovechamiento es transmisible con independencia del suelo; c) Es un bien inmobiliario, apropiable, transmisible y susceptible de gravamen; d) Es un derecho de propiedad distinto del suelo aunque se haya de transformar en él mediante edificación. Su adquisición puede ser derivativa, se puede hipotecar, la publicidad de los actos relativos al

aprovechamiento se efectúan por medio del registro de la propiedad; e) Es susceptible de tráfico jurídico y registral, y f) La legislación estatal establece que los actos de transferencia y gravamen de aprovechamiento urbanístico son inscribibles en el registro de la propiedad mediante apertura de folio independiente cuando den lugar a un derecho separado del suelo. Cita en su apoyo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 2001. Alega que la finca a la que van destinados los aprovechamientos está perfectamente identificada, resaltando el informe del Ayuntamiento que se adjuntó, y finaliza señalando que, conforme al artículo 33 del Real Decreto 1093/1997, el plan prevé los aprovechamientos y que sean transmisibles. El artículo 37 del mismo cuerpo legal determina que transmisiones deben ser autorizadas y las que se realizaron en la escritura calificada, a su juicio, no están en estos supuestos.

IV

El registrador emitió su informe, manteniendo su calificación, y formó expediente que elevó a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 21, 23 y 30 de la Ley Hipotecaria; 1261 y 1271 a 1273 del Código Civil; 51 del Reglamento Hipotecario; 33 a 44 y 77 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; 8 y 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo; 62 y siguientes, apartado 1, de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; las Sentencias, de la Sala Primera, del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1993 y de 22 de octubre de 2015, y de la Sala Tercera de 21 de febrero de 1994 y 1 de febrero de 2006; la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de diciembre de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de noviembre de 1998, 27 de febrero de 1999, 23 de octubre de 2001, 26 de junio de 2006, 30 de mayo de 2009 y 14 de junio de 2011.

1. Son datos a tener en cuenta para la resolución de este expediente los siguientes:

– En escritura otorgada en Marbella, ante el notario don Filiberto Carrillo de Albornoz Fisac, el día 4 de junio de 2015, protocolo 1.418, la entidad «Hermcapital, S.L.», vende a «Promanque, S.L.» 3.806,66 unidades de aprovechamiento.

– La finca de origen es la registral 3.187, que se describe en el Registro como una finca de naturaleza rústica, y que según el título será aportada al sistema de ejecución del Plan Parcial del sector UR-1B-2, correspondiéndole un total de 12.680,82 unidades de aprovechamiento.

– La finca de destino es la registral 5.017, que igualmente se describe en el Registro como rústica, si bien en la escritura se define como urbana, que según el título será aportada en parte al sistema de ejecución del Plan Parcial del sector UR-1B-2, con unas unidades de aprovechamiento de 4.446,33 en un techo edificable de 5.557,91 metros cuadrados y que tras la compraventa ascenderán a 8.252,99 correspondientes a 10.316,14 metros cuadrados de techo edificable de uso comercial que se adjudicaran a la sociedad «Promanque, S.L.», en el proceso de parcelación en parte de la parcela C1, del plano P1 del Plan Parcial del citado Sector.

– El Plan Parcial del Sector UR- 1B-2 fue objeto de aprobación provisional el 18 de julio de 2014 según la escritura, si bien en el informe del Ayuntamiento de Cártama, de fecha 15 de octubre de 2015, aparece como fecha de aprobación provisional la de 6 de agosto de 2015.

– El registrador entiende que no se identifican plenamente las parcelas, no se acredita la existencia, en relación con la parcela origen de la transmisión, de un excedente entre el

aprovechamiento lucrativo correspondiente al titular de la misma y el aprovechamiento objetivo o patrimonializable sobre la misma parcela y el correlativo déficit en la parcela de destino. Por el mismo motivo tampoco se acredita, ni puede comprobarse, la equivalencia de valor urbanístico entre el aprovechamiento urbanístico que se transmite y el aprovechamiento objetivo atribuido por razón del mismo a la finca de destino. No consta la cesión gratuita al municipio, libre de cargas y en pleno dominio, de las superficies de suelo de que trae causa el aprovechamiento subjetivo objeto de transferencia y no se acredita la autorización del municipio para la transferencia de aprovechamiento que se pretende, con la consiguiente inscripción de dicha transferencia en el Registro de transferencias de aprovechamiento. En definitiva no se han cumplido los requisitos exigidos en el artículo 62 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía.

– El recurrente basa sus alegaciones en una incorrecta aplicación del citado artículo entendiendo que el aprovechamiento urbanístico como bien jurídico de contenido patrimonial independiente del suelo puede transmitirse libremente entre los particulares, ya que la regulación de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía se refiere a las transferencias de aprovechamientos en actuaciones asistemáticas donde el planeamiento prevé transferencias de suelos excedentarios a deficitarios de aprovechamiento subjetivo con el fin de obtener dotaciones o compensar el defecto del aprovechamiento susceptible de apropiación de un propietario.

2. Después de publicado el Texto Refundido de 1976 se registró un importante esfuerzo doctrinal para integrar en nuestro sistema jurídico urbanístico la técnica operativa del aprovechamiento tipo y sus transferencias. El Tribunal Supremo la acogió en Sentencias de 22 de junio de 1981 y 4 de mayo de 1982, relativas a las Normas Subsidiarias de Ibi y Petrel, autorizando así una práctica que pronto se extendió a grandes municipios y que ha sido después mantenida en posteriores Sentencias, como las de 6 y 15 de marzo de 1993, referidas todas ellas a Normas y Planes aprobados entre el anterior Texto Refundido y la Ley 8/1990, de 25 de julio. Y esta construcción jurisprudencial, recogiendo ideas y preocupaciones de los distintos sectores del urbanismo, se vio después confirmada por Ley, primero estatal, luego autonómica, que incorpora a sus técnicas la del aprovechamiento tipo o medio.

La transferencia de aprovechamiento es una técnica de gestión urbanística que tiene lugar por el acuerdo suscrito entre la Administración y los propietarios de suelo. En su virtud la Administración adquiere un suelo, generalmente urbano y destinado a dotación pública, evitando recurrir a la expropiación forzosa. A cambio, el propietario puede materializar su aprovechamiento urbanístico en una parcela distinta a la cedida, agregándolo al aprovechamiento propio de esta segunda parcela. El ámbito propio de estas transferencias es el de las actuaciones asistemáticas.

La Ley de 1992 introdujo la distinción entre actuaciones «sistemáticas» y «aisladas» o «asistemáticas». Los preceptos que introdujeron tales distinciones fueron declarados inconstitucionales por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997, por exceder la competencia legislativa del Estado en esta materia. No obstante, la terminología se halla presente en algunas legislaciones autonómicas.

Las actuaciones sistemáticas son aquellas que se llevan a cabo mediante los sistemas tradicionales de ejecución, compensación, agente urbanizador, cooperación y expropiación. Tienen por regla general como objetivo una actuación de reparcelación, urbanización o reurbanización. Mientras que las actuaciones asistemáticas tienen como objetivo actuaciones puntuales para obtener suelo de dotación pública y, generalmente, se llevan a cabo mediante expropiación, ocupación directa o transferencia de aprovechamiento, aunque dependerá de lo que establezca la respectiva legislación urbanística autonómica.

En las actuaciones sistemáticas cuando se actúa a través de unidades de ejecución, la equidistribución se consigue mediante el cumplimiento, por parte de los propietarios afectados, de las obligaciones que derivan del sistema de actuación que corresponda. El propio instrumento de gestión partiendo del aprovechamiento medio del área de reparto fijado en plan, concretará el aprovechamiento objetivo correspondiente al ámbito y el subjetivo del propietario. El incumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y

urbanización en los plazos previstos implica la no adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico, quedando extinguido el derecho a urbanizar. En estos casos las transferencias se producirán en el periodo transitorio en que se adjudiquen o transmitan unidades de aprovechamiento de la unidad de ejecución a las empresas urbanizadoras o agente urbanizador, cuando se admita el pago a estos por esta vía, o incluso a terceros no intervinientes en la actuación y hasta la aprobación definitiva de esta.

El fundamento de estas operaciones de transferencia y así mismo las de reserva de aprovechamiento, reside en el principio de igualdad y, en consecuencia, en la justa distribución de beneficios y cargas, que ha sido configurado como principio general rector del urbanismo, es de aplicación tanto en la redacción de los planes en que se ejercita la potestad de planeamiento, como en la fase posterior de ejecución, y que ha de garantizar a todos los propietarios de suelo de cada área urbanística el porcentaje susceptible de apropiación correspondiente. Ello significa que el ajuste entre el aprovechamiento real definido por el planeamiento y el susceptible de apropiación por el titular del terreno (aprovechamiento subjetivo) ha de procurarse no sólo cuando se actúe a través de unidades de actuación, es decir, no sólo cuando se trate de actuaciones sistemáticas, sino también al margen de ellas, es decir, cuando se produzcan actuaciones aisladas.

Mas será en la ulterior fase de ejecución/gestión del plan general que se concretará el mecanismo equidistributivo que haya de hacer efectivo el aprovechamiento reconocido. La concreción del modo en el que haya de agotarse el aprovechamiento reconocido a los titulares de los terrenos incluidos en el ámbito es cuestión que puede quedar pospuesta a la gestión del planeamiento, no resultando en abstracto de la asignación de aprovechamiento contenida en el plan una trasgresión del principio de equidistribución de beneficios y cargas puesto que se compensa al propietario con la atribución de un aprovechamiento lucrativo, asignación que debe compatibilizarse con la naturaleza estatutaria del derecho de propiedad del suelo y con el principio de no indemnizabilidad por la actuación de la administración urbanística, de modo que las expectativas que para el actor resultaran de anteriores estados de cosas procedentes de la ordenación urbanística precedente no son referentes válidos para contrastar la verificación en el instrumento presente de las exigencias del referido principio -vid. Sentencias citadas en los «Vistos»-.

3. El aprovechamiento urbanístico subjetivo es la superficie edificable, medida en metros cuadrados, del uso y tipología característicos, que refleja el contenido urbanístico lucrativo al que el propietario del suelo tendrá derecho si bien condicionado en su efectividad y ejercicio legítimo al cumplimiento de los deberes y limitaciones establecidos por la legislación urbanística y, en su virtud, por el propio planeamiento.

Como ha destacado esta Dirección General en la Resolución de 14 de junio de 2011, el aprovechamiento subjetivo a que tenga derecho el dueño del terreno, como parte que es de las facultades que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, puede ser objeto negociación jurídica, ordinariamente vinculada a la titularidad de la finca, aunque nada impide, en vía de principios, que sea el aprovechamiento, y no la finca, el objeto del negocio ni que el aprovechamiento se disocie de la propiedad de la finca de que procede de modo similar a como se disgregan otras facultades del dominio mediante la constitución de derechos reales limitados (v.gr. derecho de superficie o de aprovechamiento especial). Los aprovechamientos urbanísticos, por lo tanto, son bienes jurídicos de contenido patrimonial actual e independiente y no simples «derechos expectantes» que hayan de concretarse en un fundo determinado, siendo derechos perfectamente transmisibles de forma aislada.

En este sentido, siempre que la legislación y/o el planeamiento urbanístico lo permitan, cabe la celebración de un negocio cuyo objeto sea la transferencia de aprovechamiento entre fincas distintas, de forma que quede disminuido el aprovechamiento urbanístico de una finca, en favor de otra, la finca de destino, que acrece su contenido de aprovechamiento en la misma medida en que la de origen lo disminuye, de manera estructuralmente parecida a lo que sucede cuando por medio de una agregación se reduce la superficie de una finca y se aumenta la de otra.

La transferencia se puede producir entre fincas de un mismo propietario, supuesto en que será éste quien la determine por acto unilateral, o entre fincas de propietarios diferentes, supuesto en que hará falta un negocio jurídico entre los mismos, cualquier que sea la causa onerosa o gratuita del mismo, negocio que deberán igualmente consentir los titulares registrales de cualesquiera otros derechos reales sobre las fincas. Ahora bien, para ello es necesario obviamente que la finca que recibe el aprovechamiento cumpla las condiciones urbanísticas exigidas por el correspondiente instrumento de planeamiento.

4. Entrando en el estudio concreto de este expediente, las fincas, conforme al informe urbanístico del Ayuntamiento de Cártama, de fecha 15 de octubre de 2015, referido a la totalidad del sector, que por lo tanto puede tenerse en consideración (en concreto se refiere a la finca registral 5.107, no a la 5.017 que es la contenida en la escritura si bien este posible error no se ha hecho constar), tienen la calificación de suelo urbanizable sectorizado, que es aquel que comprende los terrenos más idóneos para absorber el previsible crecimiento de la ciudad. Es suelo integrado en sectores en los que el Plan General de Ordenación Urbana fijará las condiciones para su transformación mediante Planes Parciales de Ordenación. Mientras que, en contraposición, el suelo urbanizable no sectorizado es aquel no integrado en sector. El Plan Parcial de Ordenación del Sector UR-1B-2 lleva a cabo la ordenación detallada precisa para la ejecución del citado sector. Las finalidades principales de un Plan Parcial de Ordenación son señalar el lugar donde se ubicarán las construcciones, su destino residencial, comercial o industrial y donde estarán las distintas dotaciones (instalaciones deportivas, zonas verdes, centros culturales y docentes, etc.). También indicará su carácter público o privado, referido tanto a la propiedad como al uso, las características de la red de comunicaciones del sector y demás características señaladas en el planeamiento general. Evaluará los costes de urbanización y las características de los servicios urbanos (saneamiento, abastecimiento, energía,...). La elaboración del Plan Parcial de Ordenación puede ser por la Administración, instituciones o particulares, correspondiendo su formulación y aprobación definitiva a los Municipios (artículo 13 de la Ley Ordenación Urbanística de Andalucía).

Por lo tanto nos encontramos ante una actuación sistemática que afecta tanto a la finca de origen de las unidades de aprovechamiento transmitidas como a la finca destinataria de las mismas y en la que quedan reflejados los aprovechamientos objetivo y subjetivo del sector.

El recurrente basa sus alegaciones básicamente en que el artículo 62 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, que regula las transferencias de aprovechamiento es aplicable únicamente a las actuaciones asistemáticas, habiendo una libertad total de transmisión de las unidades de aprovechamiento fuera de dicho ámbito.

Hay que tener en cuenta la propia estructura de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, ya que, como bien dice el registrador en su informe, dicho precepto se integra en la sección quinta de la Ley denominada «las áreas de reparto y el aprovechamiento», áreas que resultan de aplicación, conforme al artículo 58 de la misma Ley, tanto a suelo urbano no consolidado como a suelo urbanizable sectorizado y ordenado, como es el caso, y en el que por definición no caben actuaciones asistemáticas.

El artículo 62.1 de la Ley Ordenación Urbanística de Andalucía dispone: «Si así lo previera el instrumento de planeamiento aplicable, los propietarios de una parcela o solar pueden transferir el aprovechamiento subjetivo que les corresponda y no puedan materializar en una u otro a otras parcelas o solares en situación inversa, es decir, que tengan atribuido un aprovechamiento objetivo superior al que corresponda a sus propietarios. La transferencia determina la justa distribución del aprovechamiento objetivo entre los propietarios intervinientes y legitima su materialización por éstos».

Además el punto 4 de ese artículo dice: «Las transferencias de aprovechamiento convenidas por los propietarios para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones urbanísticos y el cumplimiento del principio de justa distribución de beneficios y cargas, se tramitarán y aprobarán por la Administración actuante conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores».

La norma está regulando las transferencias entre distintos propietarios del aprovechamiento subjetivo que tuvieran atribuido, único disponible ya que el objetivo viene atribuido directamente por el plan, enmarcadas dentro del ámbito estrictamente urbanístico.

Conforme a lo que se ha expuesto anteriormente, hay que diferenciar las transferencias de aprovechamiento con fines urbanísticos de las transmisiones de aprovechamiento subjetivo entendido como un derecho susceptible de negociación independiente.

Ahora bien, si las actuaciones urbanísticas, sean sistemáticas o asistemáticas, tienen como objetivo la ordenación del territorio basada en los principios de equidistribución y justa distribución de beneficios y cargas, que ha de garantizar a todos los propietarios de suelo de cada área urbanística el porcentaje susceptible de apropiación correspondiente, tal objetivo podría quedar fácilmente estéril si posteriormente los particulares pueden comerciar libremente con dichos porcentajes sin tener en cuenta las propias limitaciones derivadas del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, ya que este régimen es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

Por ello es indispensable que el planeamiento prevea la posibilidad de efectuar transferencias y que la fijación del aprovechamiento subjetivo sea el correcto, para lo que debe partirse del tipo fijado en el Plan debidamente aprobado. Tal delimitación afecta de modo directo al objeto de la transmisión documentada en la escritura y su determinación requiere intervención administrativa, en este caso la autorización.

5. En lo que se refiere a la inscripción de las transferencias de aprovechamiento, se regula en el Capítulo V del Real Decreto 1093/1997. Comienza este Capítulo fijando en su artículo 33 las que denomina reglas generales sobre la transferencia del aprovechamiento urbanístico, previendo que «en aquellos casos en los que la legislación urbanística aplicable admita o prevea la realización de transferencias del aprovechamiento urbanístico, ya se trate de transmisión entre fincas pertenecientes a distintos titulares o de distribución del mismo entre las que pertenezcan a un solo titular, su inscripción en el Registro de la Propiedad se practicará de acuerdo con las siguientes reglas». Estas reglas aparecen desarrolladas en los artículos siguientes del Real Decreto 1093/1997 (en concreto en sus artículos 34 a 37).

Entre los requisitos necesarios tanto desde el punto de vista del principio de especialidad, como desde la perspectiva de los principios de tracto sucesivo, folio real y coordinación de la publicidad registral con la legislación urbanística, resulta evidente que es condición necesaria para el reflejo en el Registro de la Propiedad de las transferencias o distribución de aprovechamiento urbanístico entre varias fincas, ya sean del mismo titular o de titulares distintos, ya pertenezcan a un mismo Registro o a varios, la perfecta identificación no sólo de la finca de origen, sino también de la finca o fincas de destino, de forma que el aprovechamiento cedido o transferido desde la finca de origen a la de destino pueda ser identificado no sólo por su contenido concreto, medido en número de unidades de aprovechamiento, en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable, sino también por la ubicación concreta en que ese aprovechamiento podrá ser materializado identificando inequívocamente la finca de destino.

En el caso de este expediente, la transmisión del aprovechamiento atribuible al propietario por razón de la titularidad de las fincas afectadas por la ejecución del plan se efectúa con anterioridad a la aprobación definitiva del instrumento de desarrollo y a su ejecución, por lo que la referencia a finca de origen y destino de la transferencia se realiza respecto de las fincas afectadas por el plan, que registralmente son aun fincas rústicas sin que conste en el Registro su aportación, total o parcial, al sistema de ejecución, ni la exactitud de la superficie que consta en el Registro a efectos de la determinación de los metros aportados y en consecuencia de la existencia del aprovechamiento subjetivo atribuido en los términos que constan en la escritura.

La indeterminación en cuanto a las fincas afectadas se recoge en el apartado primero de la nota de calificación y aun cuando el recurso impugna genéricamente la nota de calificación, el recurrente no incide directamente en este punto, no obstante puesto que su

importancia en la determinación del objeto del contrato es decisiva, es necesario destacar la necesidad de tal determinación –cfr. artículos 1261 y 1271 a 1273 del Código Civil–.

Ahora bien, acreditados los anteriores requisitos, en tanto las fincas afectadas por el Plan permitan determinar actualmente el aprovechamiento subjetivo correspondiente sería posible su transmisión como facultad que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular. Pero la determinación del aprovechamiento tanto de la finca de origen como de destino, sean estas las aportadas al plan sean las resultantes de su ejecución, no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la mismas, sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico circunstancias que solo podrán acreditarse mediante la intervención de la Administración actuante.

Y por ello, como manifestación del principio de coordinación entre la publicidad registral y la legislación urbanística, el artículo 37 del Real Decreto 1093/1997, bajo el epígrafe «Autorización urbanística de las transferencias de aprovechamientos urbanísticos», dispone que «cuando la legislación urbanística aplicable exija la previa autorización de las transferencias de aprovechamiento urbanístico, la concesión de licencia específica o la toma de razón previa en Registros administrativos destinados a hacer constar su realización, la concesión o inscripción respectiva constituirá requisito del acceso al Registro de la Propiedad de la transmisión o distribución».

Por tanto, para obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico entre fincas distintas es necesario, por un lado, que legislación urbanística aplicable admita o prevea esta posibilidad (cfr. artículo 33 del Real Decreto 1093/1997) y, además, que cuando dicha legislación exija una autorización previa o la obtención de una licencia específica o la inscripción en un registro administrativo, dicha autorización, licencia o inscripción en el correspondiente registro administrativo se hayan obtenido previamente, pues las mismas constituyen «requisito de acceso al Registro de la Propiedad de la transmisión o distribución» del aprovechamiento urbanístico.

Si la Administración autoriza la transferencia por entender correctos, conforme a la legislación aplicable, tanto los aprovechamientos atribuidos a las fincas como su transmisión, no habría inconveniente en abrir folio independiente de conformidad con el artículo 39.4 y 43 del Real Decreto 1093/1997, si bien, la consolidación de los derechos transmisibles quedara condicionada a la efectiva aprobación de la reparcelación con asignación de los metros y aprovechamiento subjetivo pactado. En caso contrario lo procedente sería la transmisión de una cuota en proindiviso de la finca originaria lo que permitiría al adquirente de dicha cuota intervenir en el procedimiento para conseguir la adjudicación de la finca resultante de la actuación.

Finalmente, nada se dice en el recurso sobre el derecho de hipoteca constituido posteriormente en el título y a que se refiere el punto séptimo de la nota de calificación por lo que no procede pronunciarse al respecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 13 de abril de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.