

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**3715** *Resolución de 17 de marzo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Zaragoza n.º 14, por la que se deniega la inscripción de una escritura de opción de cesión de aprovechamiento urbanístico.*

En el recurso interpuesto por don E. B. P., en nombre y representación de «Grupo S.M. Cinco, S.A.», contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Zaragoza número 14, doña Beatriz Curiel Salazar, por la que se deniega la inscripción de una escritura de opción de cesión de aprovechamiento urbanístico.

#### Hechos

I

Mediante escritura pública autorizada por el notario de Zaragoza, don José Manuel Martínez Sánchez, el día 5 de agosto de 2016, número 1.989 de su protocolo, la entidad «Colegio Mayor Universitario Miraflores», como titular del dominio de dos fincas inscritas a su nombre, parcialmente edificadas, elevando a público un contrato privado otorgado con anterioridad, concedió a la mercantil «Grupo S.M. Cinco, S.A.», un derecho de opción de compra sobre una parte del que considera aprovechamiento urbanístico no materializado de las fincas de su propiedad. Se incorporó a la escritura un acuerdo municipal por el que se concede a la cesionaria licencia urbanística para la construcción de un edificio de 3.475,25 metros cuadrados a construir sobre un solar de 622 metros cuadrados. Entre otras, la licencia se sujeta a las condiciones de la previa regularización de la agrupación de las dos líneas contempladas en el proyecto básico y de la demolición de la edificación existente.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Zaragoza número 14 el día 26 de septiembre de 2016, con asiento 949 del Diario 16, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad Zaragoza-catorce Documento: escritura pública autorizada por el notario de Zaragoza, D. José Manuel Martínez Sánchez, el día 5 de agosto de 2016, bajo núm. 1.989 de su protocolo. Presentación: asiento 949 del diario 16, de fecha 26 de septiembre de 2016. N.º de entrada 1059/16. Calificada la escritura, de referencia a la vista de la situación registral de las fincas objeto de los actos en ella formalizados al amparo de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, he resuelto no practicar las inscripciones solicitadas sobre la base de los hechos y fundamentos de Derecho siguientes. Hechos. 1. En la escritura de referencia, la entidad «Colegio Mayor Universitario Miraflores»; en lo sucesivo la cedente, como titular del dominio de dos fincas inscritas a su nombre, parcialmente edificadas, elevando a público un contrato privado otorgado con anterioridad, concede a la mercantil «Grupo S.M. Cinco, S.A.», en lo sucesivo la cesionaria, un derecho de opción de compra sobre una parte del que considera aprovechamiento urbanístico no materializado de las fincas de su propiedad. Se incorpora a la escritura un acuerdo municipal por el que se concede a la cesionaria licencia urbanística para la construcción de un edificio de 3.475,25 metros cuadrados a construir sobre un solar de 622 metros cuadrados. Entre otras, la licencia se sujeta a las condiciones de la previa regularización registra de la agrupación de las dos líneas contempladas en el proyecto básico y de la demolición de la edificación existente. Expone la cedente, sin

acreditarlo, que las dos fincas de su propiedad integran, en realidad, un complejo inmobiliario por formar parte de un edificio arquitectónico considerado unitariamente a efectos urbanísticos, que, según el Plan General y la Propuesta de intervención, tiene una edificabilidad de 3.475,25 metros cuadrados, para la que se ha obtenido licencia urbanística de edificación incorporada a la escritura, por lo que existe una superficie construible no edificada o aprovechamiento urbanístico no materializado total de 2.872,20 metros cuadrados (por diferencia entre la superficie edificable y la superficie actualmente edificada que es, según manifiestan de 603,05 metros cuadrados, incluidos 30 metros cuadrados en sótano). El derecho de opción de compra se concede sobre una porción del total aprovechamiento urbanístico no materializado, en concreto 2.636,47 metros cuadrados, que deben segregarse del aprovechamiento total. Se establece que el precio de la opción se satisfará una parte en metálico y el resto, mediante la entrega por la cesionaria a la cedente, a las resultas de la ejecución de la obra, de determinados inmuebles descritos en el proyecto para el que se ha obtenido licencia municipal y especificados en el documento privado que se eleva a público. En dicho documento privado consta en el pacto Cuarto, como condición suspensiva de la opción, la necesidad de acreditar las autorizaciones administrativas que la cedente, por su condición de colegio mayor universitario, esté obligada a obtener. Con el fin de practicar la inscripción del derecho de opción, se solicita la apertura de folio independiente al total aprovechamiento urbanístico no materializado (2.872,20 metros cuadrados) y, previa segregación, la apertura de folio independiente a la porción objeto del derecho de opción (2.636,47 metros cuadrados), para, finalmente, inscribir en este último folio el derecho de opción concedido.

2. Resulta del Registro que las dos fincas inscritas a favor de la cedente están gravadas con una prohibición de enajenar hasta que no transcurran cincuenta años desde el fallecimiento de doña M. D. M. O., ocurrido el 22 de diciembre de 1998. Además, una de las fincas está gravada con una servidumbre de luces y vistas. Los otorgantes, considerando que la prohibición de enajenar no afecta al aprovechamiento urbanístico, solicitan que la inscripción separada de éste, así como la del derecho de opción, se practique libre de las limitaciones que gravan las fincas de origen, atribuyendo a tal circunstancia el carácter de condición esencial para el ejercicio de la opción. Fundamentos de Derecho Artículos 18 y 26 de la Ley Hipotecaria, 145 del Reglamento Hipotecario y 39 R.D. 1093/1997, de 4 de julio. Resoluciones de 23 de octubre de 2001, 20 de noviembre de 2004, 26 de junio de 2006, 30 de mayo de 2009, 14 de junio de 2011, 13 de abril y 22 de julio de 2016. Se plantea, por tanto, en este caso la posibilidad de inscribir un derecho de opción sobre parte del exceso de edificabilidad de dos fincas, gravadas con una prohibición de enajenar, previa apertura de folio independiente al citado exceso de edificabilidad. La solicitud se rechaza por los siguientes motivos: 1. Determinación de las fincas afectadas. Previa agrupación registral. Según los otorgantes, el exceso de edificabilidad que, como aprovechamiento urbanístico no materializado, se solicita inscribir en folio independiente proviene de dos fincas inscritas a nombre de la cedente. No concretan el exceso en cada una de dichas fincas, entendiéndose que no es necesario porque las dos son consideradas unitariamente a efectos urbanísticos. Sin embargo, el acuerdo del Ayuntamiento concediendo licencia de edificación condiciona la licencia a la regularización registral de la agrupación de las dos parcelas a que se refiere el proyecto básico y concede la licencia para construir una edificación sobre un solar único. Dado el principio de folio real, conforme al cual se organiza el Registro de la Propiedad, no cabría, caso de ser procedente, la inscripción del aprovechamiento urbanístico sin que previamente se practique la inscripción de la agrupación de las dos fincas de las que aquél procede, tal como exige la resolución municipal. 2. Falta de acreditación del aprovechamiento urbanístico. La existencia y dimensión del aprovechamiento urbanístico no puede determinarse unilateralmente por el interesado, sino que debe resultar acreditado por certificación municipal (RR. 30 de mayo de 2009, 13 de abril y 22 de julio de 2016), lo que no ocurre en este caso: En este caso, el único documento municipal aportado es una licencia urbanística para realizar determinada edificación en determinada área. Los otorgantes, unilateralmente, a la vista de la licencia de edificación (que permite

construir 3.475,25 metros cuadrados) y de la parte actualmente edificada en la finca (que dicen ser de 603,05 metros cuadrados, sin acreditarlo) deducen que el exceso de edificabilidad no materializado es, por diferencia entre aquéllas, de 2.872,20 metros cuadrados. Sin embargo, la licencia se da para una edificación de 3.475,25 metros cuadrados, comprendiendo también, al parecer, la edificación existente, ya que, según la licencia municipal, dicha edificación debe ser objeto de demolición con carácter previo. Debe acreditarse, por tanto, con la oportuna certificación la existencia y dimensión del aprovechamiento urbanístico no materializado.

3. Improcedencia de la apertura de folio independiente al exceso de edificabilidad. Se solicita por la cedente la apertura de folio independiente al aprovechamiento urbanístico no materializado total. Frente a la pretensión de la cedente, se encuentra la disposición contenida en el artículo 39 RD 1093/1997, de 4 de julio, de normas complementarias del Reglamento Hipotecario en materia de urbanismo. En dicho precepto se establecen los casos en que puede abrirse folio independiente al aprovechamiento urbanístico, entre los que no se encuentra el que es objeto de la escritura calificada. Aun cuando pudiera hacerse extensivo el concepto de aprovechamiento urbanístico al exceso de edificabilidad no materializada (R. 30 de mayo de 2009), ello no autoriza en todo caso a la apertura de un folio independiente, que está pensado, como situación provisional en determinados casos (artículo 39 RD 1093/1997: ocupación, expropiación, etc.), en tanto se concreta la finca a la que resultará adscrito definitivamente el aprovechamiento reconocido con ocasión de una actuación urbanística. La R. 30 mayo 2009, al declarar procedente la anotación de un embargo sobre el exceso de edificabilidad de una finca, entendió que era posible la anotación, pero en el propio folio de la finca afectada, y no en folio independiente, circunstancia que sólo procedería en caso de llevarse a cabo la ejecución. Como ha señalado la mejor doctrina la anotación del embargo sobre la edificabilidad no materializada debe practicarse sobre el mismo folio de la finca, porque no recae, propiamente, sobre un derecho de aprovechamiento susceptible de autonomía, sino sobre el derecho de vuelo o de elevación que faculta para realizar las obras necesarias para materializar el aprovechamiento embargado. Lo mismo cabe decir en este caso en que la edificabilidad aún no materializada sólo puede hacerse realidad en la propia finca, sin que sea posible su transferencia a otra finca distinta. Según el contrato que se eleva a público, la cesionaria queda facultada para llevar a cabo la construcción autorizada, con obligación de entregar a la cedente una parte de la edificación ejecutada en pago parcial del precio de la cesión del aprovechamiento. La obra nueva que en su día se declare no podrá inscribirse sino sobre las fincas de origen, o la resultante de su agrupación, dando lugar a una situación de cotitularidad bajo el régimen de propiedad horizontal. Realmente, por tanto, bajo la apariencia de una cesión de aprovechamiento urbanístico no materializado, se está otorgando, sin darle una precisa configuración jurídica, el derecho de vuelo o de sobreedificación, que, en ningún caso, sería objeto de inscripción en folio independiente, sino de nueva inscripción en el folio de la finca a la que grava, siempre y cuando concurrieran todos los requisitos exigidos por la legislación urbanística y registral. Por todo ello, la constancia registral del exceso de edificabilidad que ha de hacerse efectivo necesariamente sobre la propia finca se compadece mal con la apertura de un folio independiente como pretenden los otorgantes, estando, además, prohibida por el artículo 39 R.D. 1093/1997 de 4 de julio, e incluso su constancia en el folio de la misma finca no pasaría de ser una circunstancia descriptiva de la misma (cfr. arts. 9 Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento). Al no poder practicarse la apertura de folio independiente al aprovechamiento urbanístico no materializado total, tampoco cabe abrir otro folio independiente a la parte del mismo que es objeto de la opción, como paso previo para la inscripción de la propia opción. Además, sería necesario formalizar la segregación de dicha porción, segregación que tampoco podría dar lugar a un folio independiente.

4. Libertad de cargas del aprovechamiento urbanístico independizado. Por otra parte, se solicita por la cedente la inscripción en folio separado del referido aprovechamiento urbanístico no materializado con el carácter de libre de las limitaciones que pesan sobre las fincas de origen, y, particularmente, de la prohibición de enajenar que pesa sobre ellas. Basa su solicitud en que tales limitaciones afectan y continuarán gravando a la edificación

actual, pero no se extienden a la posterior edificación sobrevenida como dimanante del planeamiento urbanístico aprobado con posterioridad a la fecha de la adquisición de la finca por la cedente. El aprovechamiento urbanístico, particularmente en la forma analógica de exceso de edificabilidad, admitido por el Centro Directivo, forma parte del dominio de la finca (RR. 30 de mayo de 2009 y 13 de abril y 22 de julio de 2016) y, aun cuando pueda ser objeto autónomo de derechos, no queda libre del condicionamiento jurídico de la finca de la que proviene. Por ello, la inscripción separada del aprovechamiento, si es que pudiera practicarse, sólo podría hacerse arrastrando la prohibición de enajenar y la servidumbre de luces y vistas que gravan las fincas de origen, de forma análoga a lo que ocurre en cualquier otro supuesto de formación de nuevas fincas a partir de otra inscrita (segregación, agrupación, división, etc...). 5. Vulneración de la prohibición de disponer al conceder el derecho de opción (artículos 26 de la Ley Hipotecaria y 145 de su Reglamento). No cabe, como se solicita, la inscripción de la opción concedida por cuanto la concesión de la opción vulnera la prohibición temporal de enajenar, por un plazo que aún no ha concluido, que grava las fincas originales propiedad de la cedente, impuesta en testamento por la causante de su adquisición. La concesión de una opción constituye un acto de enajenación, ya que, implícitamente, conlleva la adquisición del aprovechamiento por parte del optante si decide ejercitar la opción en forma y plazo pactados, y, tras la edificación, la adquisición del dominio de parte de los elementos construidos. Se sostiene por los otorgantes que la limitación de disponer sólo afecta a la edificación existente con anterioridad, pero no a la edificabilidad resultante de un Plan General aprobado con posterioridad. Sin embargo, el aprovechamiento forma parte del dominio de la finca y la prohibición de enajenar alcanza a todo el dominio. La opción de compra no implica una transmisión actual del aprovechamiento, pero si una futura transmisión dependiente exclusivamente de la voluntad del optante y que, de producirse, determinará una reducción del contenido del dominio de la finca afectada. Aun cuando el instrumento urbanístico del que deriva la edificabilidad se haya aprobado con posterioridad al momento de la adquisición de las fincas por parte de la cedente, no por ello constituye un objeto autónomo que nazca al margen del dominio de la finca que le sirve de soporte, sino que forma parte integrante de éste y queda sujeto al mismo régimen jurídico. Cualquier acto que determine una reducción del contenido jurídico o económico del dominio, como es el derecho de opción, implica una enajenación que resulta impedida por la prohibición de enajenar inscrita. 6. Capacidad y legitimación de los otorgantes. No queda acreditada la legitimación de quien actúa en nombre de la cedente, dado que el único documento aportado es una certificación expedida, con fecha raspada y sin salvar el raspado, por el secretario del Patronato de Gobierno de la entidad, con el visto bueno de su Presidente, haciendo constar el acuerdo adoptado por dicho Patronato de aprobar los términos del contrato de opción de compra con la cesionaria sin que se incorpore al acta el citado contrato. Deben aportarse: estatutos de la entidad y certificación sin raspados, o salvados éstos, que incorpore el contrato aprobado, de forma que pueda calificarse la conformidad de lo elevado a público con lo aprobado por el Patronato. Nada se indica en la escritura sobre la condición impuesta en el pacto Cuarto del documento elevado a público, debiendo aportarse documento acreditativo de la autorización necesaria o expresivo, al menos, de no ser necesario trámite alguno de autorización o toma de razón de la concesión de la opción por parte de la Administración a la que la cedente está adscrita. 7. Errores o contradicciones padecidos en la escritura. Por lo demás, existen ciertos errores o contradicciones que deben salvarse. En el Exponen II, párrafo tercero, se señala que el aprovechamiento urbanístico no materializado total es de 2.872,20 metros cuadrados. Sin embargo, en el párrafo cuarto, al desglosar dicho aprovechamiento se expresan dos cantidades (sobre y bajo rasante) cuya suma es igual a 3.475,25 metros cuadrados, es decir, la total edificabilidad de las fincas, según la licencia, y no, como debiera ser, 2.872,20 que es el exceso de edificabilidad. En la Estipulación Segunda se dice que las partes han acordado otorgar un contrato de opción de cesión de todo el exceso de aprovechamiento no materializado ni edificado, cuando, de los términos del contrato y de los antecedentes del Exponen, se desprenden que la opción acordada sólo habría de extenderse a una

parte de dicho aprovechamiento. En concreto, el aprovechamiento no materializado total es de 2.872,20 metros cuadrados y de ellos sólo se acuerda la cesión respecto de 2.636,47 metros cuadrados, según resulta de la estipulación Quinta. Siendo insubsanables los motivos expresados en los apartados 3, 4 y 5, las inscripciones solicitadas deben ser denegadas por lo que, Acuerdo, 1º. Denegar el asiento solicitado por ser el defecto(s) señalado(s) de carácter insubsanable, art. 65 la Ley Hipotecaria]. 2º. Notificar esta calificación al presentante y al Notario autorizante del título en el plazo de 10 días hábiles desde su fecha –Art. 322 Ley Hipotecaria y 58 Y 59 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común/. 3º. Prorrogar automáticamente el asiento de presentación del título por 60 días, contados desde la fecha de la última de las notificaciones a que se refiere el apartado precedente Art. 323 Ley Hipotecaria. Los legalmente legitimados (...) Zaragoza, a 17 de octubre de 2016 La registradora (firma ilegible) Beatriz Curiel Salazar».

## III

Presentada, con fecha 28 de octubre de 2016, solicitud de calificación sustitutoria instada por don E. B. P., en nombre y representación de «Grupo S.M. Cinco, S.A.», frente a la calificación negativa emitida por la registradora de la Propiedad de Zaragoza número 14, con fecha 17 de noviembre de 2016, la registradora de la Propiedad de La Almunia de doña Godina, doña María del Carmen Lerma Rodrigo, acordó confirmar íntegramente la calificación desestimatoria de la registradora competente y denegar la práctica de los asientos solicitados.

## IV

Contra la nota de calificación sustituida, don E. B. P., en nombre y representación de «Grupo S.M. Cinco, S.A.», interpuso recurso el día 22 de diciembre de 2016 con los siguientes fundamentos: «(...) II– Sobre la determinación de las fincas afectadas y la previa agrupación registral (defecto subsanable número 1). 1.–(...) 2.–La determinación del aprovechamiento urbanístico y la improcedencia de la previa agrupación a efectos registrales. Frente al texto transcrito de la calificación deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: a) A juicio de esta parte, el título presentado contiene una determinación suficiente del exceso de aprovechamiento urbanístico procedente de cada una de las dos fincas afectadas, como se justifica en el apartado III de este recurso, por lo que resulta superflua la exigencia de la previa agrupación aludida, debiendo decaer este defecto. b) Determinado el aprovechamiento total correspondiente en conjunto a las dos fincas registrales afectadas en los términos que se justifican en el citado apartado III de este recurso, la distribución entre ellas no puede ser sino proporcional a sus respectivas superficies registrales, igualmente determinadas. El exceso de aprovechamiento correspondiente a cada una de ellas es, lógicamente, la diferencia entre su aprovechamiento total y la edificabilidad efectivamente consumida por las construcciones actualmente existente en ellas respectivamente, todo lo cual se deduce sin dificultad alguna del contenido de la escritura. c) No puede olvidarse que las dos fincas afectadas por el negocio jurídico pertenecen a un mismo titular (el cedente del derecho de opción), el cual puede distribuir entre ellas el aprovechamiento respectivo en la forma prevista por el artículo 33 del Real Decreto 1093/1997, dentro de los límites impuestos por la ordenación urbana. d) En cuanto a la necesidad de previa agrupación a que se refiere la Nota de calificación, queda excluida por la distribución del aprovechamiento referida en las letras anteriores, por lo que este requisito no es exigible. e) En todo caso, el hecho de que una de las condiciones impuestas por la licencia (la 23ª) disponga que “deberá regularizar registralmente la agrupación de las parcelas objeto de proyecto”, no puede considerarse en modo alguno como un requisito para la inscripción del derecho de opción sobre aprovechamiento, ya que esta circunstancia es completamente ajena al objeto de la licencia. (...). f) La licencia se concede con abstracción absoluta del régimen de titularidad civil de las fincas afectadas, como lo reconoce la propia licencia en su condición 4ª y

preconiza el artículo 232.2 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, según el cual (...). III.–Sobre la supuesta falta de acreditación de la existencia y cualificación del aprovechamiento urbanístico (defecto subsanable número 2). 1.–(...). 2.B.–Sobre la efectiva “intervención municipal” en la determinación del aprovechamiento llamado a abrir folio registral independiente. Frente a lo anterior, es preciso advertir que el conjunto de referencias consignadas en la escritura pública a la edificabilidad de las dos fincas afectadas se hace descansar en los datos al efecto tomados de la licencia de obras concedida el 21 de julio de 2016 por el Ayuntamiento de Zaragoza, licencia unida al contrato de opción de cesión de derechos urbanísticos (...): a) En primer lugar, que el esencial dato sobre la edificabilidad total de la parcela (3.475,25 m<sup>2</sup>) es tomado de la licencia de 5 de agosto de 2016 (...). b) En segundo lugar, que la Identificación precisa de la indicada edificabilidad total autorizada vinculada al uso residenciales directamente expresable, dado su carácter evidentemente finalista y su íntegra patrimonialización a favor de su destinatario último, tanto en metros cuadrados edificables como en unidades de aprovechamiento. c) En tercer lugar, que, en razón de la perfecta Identificación de la edificabilidad total y la obligada demolición de la edificación existente con base, en ambos casos, en una “intervención administrativa” manifestada de modo indubitado en el acto de concesión de licencia de 5 de agosto de 2016 (...). d) A tal efecto, desmintiendo en este punto la afirmación reflejada en la Nota de calificación sobre su falta de acreditación, la extensión total de la superficie construida de las dos fincas expresada en la escritura cuya demolición fue autorizada por la licencia de 5 de agosto de 2016, de 603,05 m<sup>2</sup>, es la resultante de la suma de las respectivas superficies consignadas en el Catastro, esto es, de 395 m<sup>2</sup>. en el caso de la finca descrita en el apartado 1 del Expositivo 1 y de 208 m<sup>2</sup> en el caso de la finca descrita en el apartado 2 siguiente, según resulta de las referencias catastrales consignadas en la escritura en los siguientes términos: (...) Pues bien, justo en razón de los datos precedentes y su correspondiente acreditación administrativa es como quedó perfectamente delimitado en la escritura, desde el reconocimiento de la edificabilidad total (3.475,25 m<sup>2</sup>), qué parte de ella había de retener en su dominio la transmitente porque dar gravada con la prohibición de disponer (603,05 m<sup>2</sup>. según el título) y qué otra parte estaba liberada de ella (2.872,20 m<sup>2</sup>. (...). 2.C.–Sobre la intervención administrativa alternativa a la certificación como forma de acreditación del aprovechamiento inscribible. (...) Han de efectuarse las siguientes manifestaciones: a) En cuanto a la Resolución de 30 de mayo de 2009 (...). b) En cuanto a la Resolución de 13 de abril de 2016:– (...):c) En cuanto a la Resolución de 22 de julio de 2016 (...). Pues bien, en el supuesto aquí referido no identificable en ningún caso como transferencia de aprovechamiento y que, del mismo modo en que ocurre con el tratado en la Resolución de 22 de julio de 2016, ha de entenderse amparado por la relación abierta consignada en el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997 de apertura de folio independiente al aprovechamiento (...) Validez que queda incluso reforzada cuando se comprueba que para los supuestos de apertura de folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico a que se refiere el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, la única mención a la certificación administrativa figura, por un lado, en el citado de la ocupación directa (artículo 42) no como forma de acreditación del aprovechamiento sino como título inscribible del mismo y, por otro y en idéntico sentido, en el referido a la transferencia de aprovechamiento por la Administración (artículo 41) respecto del inscrito a su favor en folio independiente. Por lo demás y como colofón de cuanto queda expuesto, la suficiencia de la licencia como forma administrativa alternativa de acreditación del aprovechamiento se desprende de manera inequívoca de lo dispuesto en el artículo 232.1 del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, el cual dice (...). IV.– En cuanto a la improcedencia de la apertura de folio independiente al exceso de edificabilidad (defecto subsanable número 3). 1.–La fundamentación de la Nota de calificación. (...) 2.–Sobre la procedente apertura de folio independiente al exceso de edificabilidad. 2.A.–La configuración del aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho. Tratada por vez primera esta cuestión por José Luis Laso Martínez (...) su recepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo aparece con la conocida Sentencia

de 18 de mayo de 1987 (Ar. 5532) (...). A su vez, la doctrina de la Dirección de los Registros y del Notariado manifestada en las recientes Resoluciones de 13 de abril y 22 de julio de 2016 viene reconociendo, desde la precedente de 14 de junio de 2011, que “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. (...); dio lugar a lo que identificó como “concepción moderna de finca” sancionada en la actualidad por el artículo 26.1.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, según el cual se entiende por finca (...) 2.B.–El carácter abierto de la relación consignada en el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997. (...) la reciente Resolución de 22 de julio de 2016 cuando, al tratar del supuesto de la cesión a la Administración de suelo afecto a dominio público con reserva de aprovechamiento, reconoce abiertamente que su falta de reflejo expreso en el artículo 39 del Real Decreto no impide, sin embargo, su aplicación. (...) 2.C.–La actuación pretendida como actuación edificatoria del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, de aprobación del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y su asimilación con el supuesto previsto en el artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997. Si resulta que, siguiendo a J. L. L. M. (...); la realidad hoy indiscutida del aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho y su reconocimiento independiente incluso cuando se predica respecto de un solar emplazado en la malla urbana difícilmente debería admitir el rechazo de su reflejo registral por razón de la ausencia de su identificación nominativa en el Real Decreto 1093/1997. (...) Así, por lo que se refiere al Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, de aprobación del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en su artículo 7.2.a) son identificadas como actuaciones sobre el medio urbano, según la definición dada a este concepto por el anterior artículo 2.1, las llamadas actuaciones edificatorias de las que forman parte, “incluso cuando requieran obras complementarias de urbanización: a) Las de nueva edificación y de sustitución de la edificación existente” cuya ejecución ha de tener lugar, según dispone el artículo 8.6 siguiente, “en un régimen de equidistribución de cargas y beneficios”. A su vez, de modo paralelo, el artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997 se ocupa de un supuesto de inscripción del aprovechamiento en folio independiente del siguiente alcance: (...) Pues bien, partiendo de estas dos normas es como se considera que la objeción planteada por la Nota de calificación habría de ser rechazada toda vez que: a) La identificación de la actuación tratada como actuación edificatoria por la legislación estatal en materia de Suelo revela que estamos en presencia de un acto de ejecución del planeamiento que necesariamente debería recibir una respuesta suficiente desde la aplicación del ordenamiento hipotecario, (...) b) En segundo lugar, de igual modo que se admite la entrada de un tercero en los procesos reparcelatorios propios de las actuaciones sistemáticas que en pago de la obra de urbanización recibe un aprovechamiento de valor equivalente cuya recepción en el Registro de la Propiedad tiene lugar mediante su inscripción en folio independiente, igual reconocimiento habría de tener lugar a favor de quien, como ocurre en el presente caso, por protagonizar una actuación edificatoria opera en el marco del principio de equidistribución asumiendo la ejecución de un proyecto constructivo parte de cuyos inmuebles, al modo en que ocurre en las referidas actuaciones sistemáticas con la obra de urbanización, habrá de ser entregado al actual titular de los suelos como parte del precio. 2.D.–Sobre la aplicación de doctrina sentada en la Resolución de 30 de Mayo de 2009.(...). Ante ello cabe argumentar, sin embargo, que la propia Resolución prevé que la anotación del embargo tenga lugar sobre el exceso de edificabilidad de una finca en folio independiente «en caso de llevarse a cabo la ejecución» (...) V.–Sobre la libertad de cargas del aprovechamiento urbanístico independizado (defecto insubsanable número 4). 1.–El contenido de la Nota de calificación recurrida. (...). 2.–El alcance real de este defecto y su inconsistencia. Como se ha visto, el presente defecto se desdobra en la existencia de dos cargas: por un lado, la prohibición de enajenar que afecta a las dos fincas objeto del título presentado y, por otro, la servidumbre de luces que grava una de ellas, en concreto, la 145-N. Pues bien, en el título presentado no se solicita, como erróneamente se desprende de la calificación antes transcrita, la liberación

de la servidumbre, sino sólo de la prohibición de enajenar. (...) VI.—Sobre la supuesta vulneración de la prohibición de disponer (defecto insubsanable nº 5). 1.—El contenido de la Nota de calificación recurrida sobre este punto (...). 2.—El contenido de la prohibición de enajenar y sus posibles implicaciones en relación con el nuevo aprovechamiento reconocido a la finca. El tenor literal de la prohibición de enajenar inscrita, tal y como figura en el testamento que la impuso, es el siguiente: “Los bienes que constituyan la herencia de la testadora no podrá ser enajenados por quien resulte ser su heredero, hasta que transcurran cincuenta años desde el fallecimiento de aquélla.” Con posterioridad a la transmisión sucesoria de los bienes sometidos a la citada prohibición se ha producido un cambio en el planeamiento urbanístico que atribuye a los mismos una edificabilidad muy superior a la materializada en ellos en el momento de la redacción del testamento, en el de la apertura de la sucesión y en el actual. La circunstancia de que la mayor edificabilidad permitida recaiga sobre un bien que está sujeto a una prohibición de enajenar exige determinar si todo el contenido del derecho de propiedad definido por el nuevo planeamiento del que resulta el exceso no edificado (como sostiene la calificación recurrida) o si, por el contrario, la prohibición de enajenar se circunscribe a la edificación existente en la actualidad sin extenderse al exceso de edificabilidad ni a la construcción que la materialice ulteriormente. A juicio de esta parte, la calificación objeto del presente recurso no tiene en cuenta varias circunstancias esenciales, entre las cuales destacan, por un lado, el carácter excepcional de las prohibiciones de disponer y su consiguiente interpretación forzosamente restrictiva y, por otro, la consideración de que el planeamiento urbanístico, como función pública, impone el deber de edificar de tal manera que su incumplimiento provoca consecuencias patrimoniales directas e inmediatas sobre el bien de que se trate, las cuales vinculan necesariamente a su titular, quien puede verse privado incluso de la finca a través de la expropiación forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, prevista en la Ley Urbanística de Aragón como tendremos ocasión de comprobar. A estas dos cuestiones y a alguna más nos referiremos seguidamente, a cuyo fin partiremos del análisis del grado de vinculación del sistema urbanístico sobre la propiedad privada para después detenernos en las consecuencias de índole civil que derivan de él. 3.—El contenido urbanístico del derecho de propiedad. (...) Por tanto, en el supuesto presente nos encontramos ante una edificación inadecuada en los términos de la Ley aragonesa, por lo que se encuentra bajo la amenaza de expropiación o de ejecución forzosa por sustitución si se incumpliera el deber de materializar la edificabilidad prevista por el planeamiento. De todo lo anterior resulta la absoluta primacía de las determinaciones del planeamiento urbanístico (en particular la edificabilidad que los propietarios tienen el deber de materializar) sobre la autonomía de la voluntad (plasmada en este caso en el establecimiento de la prohibición de enajenar referida, la cual no impide en modo alguno esa materialización).(...). 5.—El carácter excepcional de las prohibiciones de disponer y su consiguiente interpretación y aplicación restrictiva. (...) En la interpretación de la voluntad testamentaria debe tenerse presente que las fincas adquiridas por herencia (y sobre las que expresamente recae la prohibición) no son los terrenos en los que se encuentra instalado el edificio del Colegio Mayor, sino que este edificio ya se encontraba en la fecha del testamento en otros terrenos pertenecientes al mismo. Las fincas heredadas por el Colegio constituyen unos locales comerciales y parte de la casa llamada (...) para actividades anejas al Colegio. Por tanto, la voluntad de la testadora no puede sino interpretarse en el sentido de imponer el mantenimiento del uso o destino de las fincas contiguas al Colegio, transmitidas por herencia a éste, para que continuaran prestando servicios auxiliares al mismo durante el plazo de 50 años. (...). 6.—La calificación recurrida contraviene el artículo 3.2 del Código Civil. (...). 7.—La perfecta determinación de las facultades dominicales y los negocios jurídicos afectados por la prohibición, entre los que no se encuentra el instrumentado en este caso. Como ya se expuso, la prohibición se encuentra redactada en los siguientes términos: “Los bienes que constituyan la herencia de la testadora no podrá ser enajenados por quien resulte ser su heredero, hasta que transcurran cincuenta años desde el fallecimiento de aquella”. Por ello, de todos los negocios jurídicos de disposición que podrían realizarse sobre los bienes de la sucesión,



la disposición testamentaria tan sólo prohíbe la “enajenación”: pero esta determinación indubitadamente excluye de su ámbito cualquier otro negocio jurídico dispositivo, que quedaría al margen de dicha prohibición y, por tanto, sería realizable. Lógicamente sólo se prohíbe la enajenación voluntaria, pero no la forzosa, la cual prevalece por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1911 del Código Civil, según reiteradamente declara la jurisprudencia. Es evidente, por tanto, que quedan a salvo de la prohibición otros negocios, como serían: la transmisión a un tercero de un derecho de sobreelevación o subedificación, la constitución de un derecho de superficie, la constitución de un régimen de propiedad horizontal o de compleja inmobiliario entre los propietarios de los inmuebles afectados, o la transmisión de edificabilidad o de aprovechamiento urbanístico, que es lo que se hace en el título presentado. Sí cabría, en cambio, sostener la aplicabilidad a las prohibiciones de disponer de algunas de las restricciones que establece el Código Civil para el derecho de usufructo. En este sentido cabe citar a Gómez Gáligo, que en su obra “Las prohibiciones de disponer en el Derecho español” (J. San José, S.A. 1992), página 63, afirma que “las impuestas a una persona jurídica no podrán exceder de treinta años (por analogía con el artículo 515 del Código Civil)”. Si así se entendiera, habría que preguntarse si la prohibición que tuviese fijado un plazo superior a los límites legales debe entenderse totalmente ineficaz o sólo en cuanto afecte al exceso de duración no permitido, existiendo autores que se inclinan por la primera de estas posiciones, como R. L. en su estudio “Las prohibiciones de disponer voluntarias: extinción y cancelación (...) Parece extraerse en la Nota de calificación la consecuencia de que, al considerar el aprovechamiento urbanístico una extensión del objeto del derecho de propiedad, tal aprovechamiento debe quedar sometido al mismo régimen jurídico de éste y, por tanto, a la prohibición de enajenar. Frente a ello, cabe oponer las siguientes ideas: a) La aplicación al presente supuesto de las normas sobre accesión no merece sino el calificativo de analógica o incluso extensiva, lo cual queda excluido sin duda por el carácter restrictivo de la interpretación de las prohibiciones de enajenar, en los términos que ya han sido expuestos. b) Respecto de la accesión continua, la posibilidad de extensión de sus normas al aprovechamiento y a la futura edificación o sobreelevación del inmueble choca con el hecho evidente de que el régimen de la accesión continua en el Código Civil está asentado sobre un presupuesto inexcusable: la ratio de toda su regulación es la conveniencia de mantener la unidad de objeto y de dueño, evitando los proindivisos en los casos que contempla, sin duda ante la imposibilidad de que lo construido en el suelo pueda separarse físicamente de éste, lo que a su vez exige un tratamiento jurídico unitario para el suelo y el vuelo. La regulación de la accesión trata de resolver un conflicto de intereses entre el dueño del suelo y el de los materiales o el autor de una construcción, conflicto que sólo surge desde el momento en que se ha terminado o comenzado la ejecución de una obra en suelo o con materiales ajenos. En el presente caso no se produce ninguno de estos supuestos de hecho; simplemente se atribuye al Colegio Mayor el derecho, y al mismo tiempo el deber, de agotar la edificabilidad establecida en la ordenación urbanística lo que se hará de modo consciente por él o, en su caso, por la persona que adquiera tal derecho. c) En cuanto a la otra modalidad de esta figura, la llamada accesión discreta, es decir, la que recae sobre los frutos de la cosa, no parece (...) e) Una clara muestra de la total disociación existente entre la propiedad del suelo y los aprovechamientos urbanísticos la constituye el artículo 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, según el cual (...) se contempla la posibilidad de que un bien de dominio público se encuentre afectado por una actuación de transformación urbanística. El bien de dominio público está sometido a una prohibición de enajenar no ya voluntaria, sino de origen constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 132 de la Constitución Española, según el cual reviste los caracteres de “inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad”. A pesar de ello, si el suelo está sujeto a una actuación de transformación urbanística, el artículo 119.2 antes transcrito separa radicalmente el régimen del suelo, que al ser de dominio público está sujeto a la prohibición legal de disponer, y el régimen jurídico del aprovechamiento urbanístico generado desde

dicho suelo, respecto del cual permite su desafectación del dominio público quedando de este modo liberado de aquella prohibición, siendo por tanto susceptible de enajenación. f) En fin, la mejor doctrina se muestra favorable a la idea de disociación entre el régimen jurídico del suelo y el del aprovechamiento urbanístico. (...) 10.—La causa de la adquisición del aprovechamiento urbanístico y de la edificación en que éste se materialice. El principio de subrogación real. La solución que aquí se propugna viene avalada además por la circunstancia de que «el exceso de aprovechamiento que eventualmente pueda corresponder al propietario no tiene como causa la sucesión hereditaria, ni como transmitente al causante de la misma; dicho exceso tiene su origen directo en una determinación del planeamiento aplicable por lo que su régimen jurídico es independiente del originado por el título creador de la prohibición», (...) 11.—La desmaterialización del derecho de propiedad por obra del urbanismo y las consecuencias jurídico-civiles de la materialización del aprovechamiento. Teniendo en cuenta la exigencia de interpretación restrictiva antes expuesta, la prohibición de disponer debe mantenerse en cuanto a la superficie construida existente (es decir, en cuanto a los bienes que forman parte de la herencia) pero no extenderse más allá de ella, por lo que el nuevo contenido del dominio atribuido por el planeamiento posterior puede ser enajenado por cualquiera de los medios permitidos por el derecho bien sea en relación con el aprovechamiento urbanístico o el derecho de sobreelevación o subedificación con designación de cuotas en la comunidad, propiedad horizontal o complejo inmobiliario que se pudiera constituir, sin que este exceso tenga limitación alguna (...) El edificio existente y la edificación por él consumida quedan radicalmente afectos a la prohibición de disponer, ya sea directamente o por sustitución de la cuota que por equivalencia se le reconozca, pero no la edificabilidad sobrevenida por su atribución por un nuevo instrumento de planeamiento (...) Es decir, bien sea por la transferencia de aprovechamiento, bien por la concesión del derecho de sobreelevación en la cuantía concreta permitida por el planeamiento con el límite de alturas que de él resulte, el Colegio Mayor titular del bien puede enajenar este derecho, con asignación de cuotas y régimen de comunidad. Una vez inscrito este derecho respecto de la edificación existente, ninguna prohibición resulta del testamento para que se complete la edificación manteniendo la primitiva, ni existe ninguna prohibición resultante del testamento que impida la demolición de lo construido y la reedificación posterior sobre su suelo y el del colindante, creándose un complejo inmobiliario en el que se traducirían las cuotas de dominio de cada partícipe, trasladando la prohibición inscrita a la cuota porcentual equivalente a la edificación existente.(...) 12.—La aplicación del principio general del derecho según el cual “quien puede lo más, puede lo menos”; Por último, es un principio general comúnmente admitido en nuestro derecho el que postula que quien puede lo más (como sería permitir con su pasividad que se lleve a cabo la enajenación forzosa de la finca, frustrándose así la voluntad de quien impuso la prohibición), puede lo menos (como es conservar el volumen edificable mediante el cumplimiento de las determinaciones urbanísticas con subsistencia de la prohibición, quedando el exceso liberado de ella y siendo por tanto susceptible de ser enajenado). VII.—Sobre la capacidad y legitimación de los otorgantes (defecto subsanable N° 6). Se expresa en este punto la falta de acreditación de la legitimación de quien actúa en nombre de la cedente. El recurso no se extiende al presente defecto, el cual será subsanado en el momento oportuno mediante la presentación de los documentos necesarios a tal fin. VIII.—Sobre los errores o contradicciones padecidos en la escritura (defecto subsanable N° 7). Son dos las apreciaciones de la calificación recurrida en este apartado: a) En primer lugar (...) Siendo subsanable el defecto, se procederá a la corrección del error. b) También se expresa que «en la Estipulación Segunda se dice que las partes han acordado otorgar un contrato de opción de cesión de todo el exceso de aprovechamiento no materializado ni edificado; sin embargo, según la Estipulación Quinta, el derecho de opción de compra acordado debe inscribirse sobre el folio abierto al aprovechamiento de 2.636,47 m<sup>2</sup>, previa su segregación del total no materializado. Es cierto que puede apreciarse cierta indefinición en la Estipulación Segunda, aunque en ningún momento se expresa que el derecho de opción ha de recaer sobre “todo” el exceso de aprovechamiento, sino que una interpretación sistemática de la

escritura permite por sí dar por resuelta dicha indefinición, teniendo en cuenta el contenido de la Estipulación Quinta, de donde resulta que del exceso de aprovechamiento se transmiten sólo 2.636,47 m<sup>2</sup>, que serán objeto de la segregación que en ella se expresa, reteniendo el Colegio Mayor el resto hasta llegar a los 2.872,20 totales».

V

La registradora emitió informe el día 9 de enero de 2017 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 21, 23 y 30 de la Ley Hipotecaria; 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; 11, 12, 14 y 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; 118, 124, 127 y 129 y la disposición adicional decimotercera del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón; el artículo 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 6 de marzo de 1993 y 22 de octubre de 2015 y, Sala Tercera, de 21 de febrero de 1994, 1 de febrero de 2006, 15 de diciembre de 2010 y 22 de enero de 2016, 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, 14 de junio de 2011 y 13 de abril y 22 de julio de 2016.

1. Se plantea en el presente expediente la inscripción de una escritura por la que una entidad como titular del dominio de dos fincas inscritas a su nombre, parcialmente edificadas, elevando a público un contrato privado otorgado con anterioridad, concede a una mercantil un derecho de opción de compra sobre una parte del que considera aprovechamiento urbanístico no materializado de las fincas de su propiedad, con las siguientes circunstancias:

– Resulta del Registro que las dos fincas inscritas a favor de la cedente están gravadas con una prohibición de enajenar hasta que no transcurran cincuenta años desde el fallecimiento de la causante, ocurrido el 22 de diciembre de 1998. Además, una de las fincas está gravada con una servidumbre de luces y vistas.

– Se incorpora a la escritura un acuerdo municipal por el que se concede a la cesionaria licencia urbanística para la construcción de un edificio de 3.475,25 metros cuadrados a construir sobre un solar de 622 metros cuadrados. Entre otras, la licencia se sujeta a las condiciones de la previa regularización registral de la agrupación de las dos fincas contempladas en el proyecto básico y de la demolición de la edificación existente.

Se expone en la escritura que:

– Las fincas cuyos códigos registrales únicos son 50030000363220 y 50030000358714 -registrales números 145 y 146 de la Sección Primera del Registro de la Propiedad de Zaragoza número 14-, constituyen un complejo inmobiliario.

– Que tienen atribuida conjuntamente una edificabilidad de 3.475,25 metros cuadrados, materializada en las edificaciones existentes, únicamente, en cuanto a 603,05 metros cuadrados, y Que, en consecuencia, existe un aprovechamiento urbanístico no materializado de 2.872,20 metros cuadrados.

– Que el aprovechamiento urbanístico no materializado de 2.872,20 metros cuadrados está exento de la prohibición de disponer que grava ambas fincas, «al constituir un derecho

atribuido por el planeamiento con posterioridad» a la constitución de la misma, que recaería exclusivamente sobre las cuotas correspondientes a la edificabilidad materializada.

Y, sentado lo anterior, se solicita lo siguiente:

- La inscripción separada en folio independiente del aprovechamiento urbanístico no materializado de 2.872,20 metros cuadrados, libre de limitaciones.
- La inscripción separada, previa segregación del total anteriormente indicado, del aprovechamiento urbanístico de 2.636,47 metros cuadrados, libre de limitaciones.
- La inscripción en el folio registral abierto al aprovechamiento urbanístico de 2.636,47 metros cuadrados de un derecho de opción de compra.

La registradora deniega la inscripción solicitada por considerar insubsanables los motivos expresados en los apartados 3, 4 y 5 de los fundamentos de la nota de calificación, confirmados por la calificación sustitutoria, siendo objeto de recurso los siguientes:

- Por no haberse concretado el aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada una de las fincas registrales afectadas, consideradas por las partes como un complejo urbanístico, sería necesaria la previa agrupación de las mismas, dado que la licencia de construcción está sujeta, entre otras, a la siguiente condición: «Deberá regularizar registralmente la agrupación de las parcelas objeto de proyecto».
- Porque la existencia y dimensión del aprovechamiento urbanístico han sido determinadas por las partes, sin que tales extremos se acrediten mediante la preceptiva certificación administrativa.
- Porque no es oportuna ni está prevista legalmente la apertura de folio independiente a un aprovechamiento urbanístico que ha de materializarse exclusivamente sobre la finca a la que corresponde.
- Porque no es posible liberar de la prohibición de disponer al aprovechamiento urbanístico cuya constancia registral se pretende, pues en cuanto constituye una de las facultades que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, debe soportar las cargas impuestas sobre el dominio de dicha finca.
- Porque la opción concedida vulnera la prohibición temporal de enajenar, por un plazo que aún no ha concluido.
- Errores o contradicciones padecidos en la escritura.

2. Antes de entrar a examinar los defectos objeto de este expediente procede realizar una serie de consideraciones sobre la doctrina de este Centro Directivo en relación al aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho.

El artículo 11 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que prueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, dispone que el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por dicha legislación, requiriendo todo acto de edificación del correspondiente acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo.

Desarrollando el contenido estatutario del derecho de propiedad del suelo, se añade, en el artículo 12, que el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien. Comprende asimismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el

artículo 26. Las facultades del propietario alcanzan al vuelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público. Particularmente, en el suelo urbanizado, el artículo 14, establece que las facultades del derecho de propiedad incluyen, entre otras, las siguientes: la de edificar sobre unidad apta para ello en los plazos establecidos para ello en la normativa aplicable y realizar las actuaciones necesarias para mantener la edificación, en todo momento, en un buen estado de conservación, o la de participar en la ejecución de actuaciones de reforma o renovación de la urbanización, o de dotación en un régimen de justa distribución de beneficios y cargas, cuando proceda, o de distribución, entre todos los afectados, de los costes derivados de la ejecución y de los beneficios imputables a la misma, incluyendo entre ellos las ayudas públicas y todos los que permitan generar algún tipo de ingreso vinculado a la operación, así como obtener, en su caso, la conformidad o autorización administrativas correspondientes para realizar cualesquiera de las actuaciones sobre el medio urbano, lo que determinará la afección real directa e inmediata, por determinación legal, de las fincas constitutivas de elementos privativos de regímenes de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario privado, cualquiera que sea su propietario, al cumplimiento del deber de costear las obras.

El Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana estatal de 1992, por su parte, diferenciaba en su artículo 23 entre los conceptos de aprovechamiento urbanístico y de facultad de edificar, conceptuando al primero como «el derecho a los usos e intensidades susceptibles de apropiación que se adquiere una vez cumplidos los deberes de cesión, equidistribución y urbanización», en tanto que la facultad de edificar se definía como «la facultad de materializar en una parcela el aprovechamiento urbanístico que se adquiere con una licencia de edificación». Se trataba, por tanto, de conceptos próximos pero diferenciados en el contexto de una legislación urbanística que partía de una concepción de adquisición gradual de las facultades urbanísticas del dominio en que el denominado «ius aedificandi» se adquiría a través de la licencia ajustada al planeamiento como título constitutivo del mismo.

Esta proximidad conceptual entre los derechos de edificación y aprovechamiento urbanístico se ha acentuado en la legislación actual, una vez superado el citado sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas. Sin embargo, desde el punto de vista de la técnica urbanística pueden diferenciarse aún, los conceptos de edificabilidad, aprovechamiento urbanístico subjetivo o patrimonializable y de aprovechamiento real u objetivo.

Así, en la legislación urbanística territorialmente aplicable, el Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, establece en su artículo 124 las siguientes definiciones: «1. El índice de edificabilidad bruta indica el límite máximo de edificabilidad para cada uso, expresado en metros cuadrados de techo por cada metro cuadrado de suelo, aplicable en una parcela, unidad de ejecución o sector. El índice de edificabilidad neta indica el límite máximo de edificabilidad para cada uso, expresado en metros cuadrados de techo por cada metro cuadrado de suelo, aplicable sobre la superficie neta edificable. 2. La edificabilidad indica la superficie construible máxima en una parcela, unidad de ejecución o sector en los diferentes usos, expresada en metros cuadrados, resultante de aplicar a su superficie los índices de edificabilidad correspondientes. 3. El aprovechamiento objetivo indica la superficie edificable homogeneizada respecto del uso y tipología característicos, medida en metros cuadrados, que permitan el planeamiento general o los instrumentos que lo desarrollen sobre un terreno dado conforme al uso, tipología e índice de edificabilidad atribuidos al mismo. 4. El aprovechamiento subjetivo indica la superficie edificable, medida en metros cuadrados, que expresa el contenido urbanístico lucrativo de un terreno, que su propietario y, en su caso, el municipio podrán incorporar a su patrimonio».

3. Respecto al régimen del aprovechamiento urbanístico subjetivo, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2010, seguida por la de 22 de

enero de 2016, señala que «el contenido económico del derecho de propiedad del suelo es el que corresponde a su valor inicial, es decir, al de un terreno no urbanizable, que sólo tiene el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal propio de su naturaleza. Por ende, las facultades o contenidos urbanísticos artificiales, que no son inherentes a esa naturaleza, sino producto de la concreta ordenación urbanística, como adiciones o añadidos que derivan de la clasificación y calificación prevista en una norma o plan de ordenación, no pasan de ser meras expectativas, que sólo se adquieren, consolidan e ingresan en el patrimonio del propietario mediante la participación de éste en el proceso urbanizador a través del gradual cumplimiento de los deberes urbanísticos que son su contrapartida. Es entonces cuando nace el derecho a su indemnización y a la de los gastos ocasionados para ese cumplimiento que hayan devenido inútiles», concluyendo que la mera clasificación del suelo no supone la automática patrimonialización de los aprovechamientos que la ordenación urbanística añade a tal contenido, de modo coherente con el citado artículo 11 de la Ley de Suelo estatal al señalar que la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo, pues la patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por dicha legislación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de 3 de febrero de 2011, seguida por la de 27 de marzo de 2013, por su parte, reconoce que «(...) los derechos de aprovechamiento urbanístico, son objeto de una polémica doctrinal en cuanto a su naturaleza y verdadero alcance. Según una opinión tales derechos, emanados de los principios de la legislación urbanística, eran secuentes al cumplimiento de los deberes urbanísticos que se imponían a los propietarios. Según esta opinión el derecho de aprovechamiento urbanístico se presenta como un referente diferente al suelo, configurando un bien jurídico autónomo patrimonializable e independiente del suelo. Se consideraría como un derecho real pleno. Esta idea configuradora de un derecho patrimonial autónomo encontró su apoyo en el art.23 del RDL 1/1992, de 26 de julio y en el art.100 de la Ley urbanística de Aragón, Ley 5/1999, de 25 de marzo, idea que aparecía reflejada con especial intensidad en la Ley del Suelo de 1998. Desde esta consideración se trataría de una venta de cosa cierta y presente. Según otra opinión, sin embargo, los derechos de aprovechamientos urbanístico nunca constituirían un derecho real sobre bienes inmuebles, sino una mera facultad inescindible del derecho de propiedad sobre las mismas fincas, sometidos a un complejo proceso de cuantificación. Desde esta consideración la venta de los derechos urbanísticos se debería configurar como una cosa de venta futura (...) Cualquiera que sea la posición que se sostenga respecto a su naturaleza, –sigue diciendo la sentencia–, la determinación de esos derechos está sometida a un proceso administrativo que ha de finalizar en la concreción de una determinada edificabilidad del suelo del que emanan esos derechos. Quiere decirse con ello que quien perfila como objeto de un contrato tales derechos, está introduciendo importantes elementos de incertidumbre en el contrato. Sería pues un contrato con un importante componente aleatorio, con una carga de riesgo y con una notable indeterminación temporal, pues tanto la definitiva concreción de los derechos como la definitiva materialización de los mismos está sometida, por imperativo legal, a un control de la Administración urbanística competente. Estas incertidumbres, que desde luego son conocidas por las partes, pueden ser afrontadas por las mismas, y es usual que lo sean en el tráfico jurídico, utilizando diversas herramientas jurídicas con las que compensarlas, normalmente con condiciones resolutorias o suspensivas(...)», en el marco de un negocio, según los casos, sobre cosa actual o futura, propia o ajena, determinada o determinable.

Con todo, puede diferenciarse el régimen de adquisición del aprovechamiento urbanístico subjetivo o patrimonializable, condicionada, como se ha dicho, al cumplimiento de los deberes impuestos por la normativa urbanística, de la adquisición dominical de la edificación materializada en una determinada parcela, cuyo régimen no puede ser otro que el sistema civil de adquisición de derechos reales, por accesión, o mediante la constitución

de derechos reales de vuelo o superficie, con independencia de la procedencia de medidas de restablecimiento de legalidad urbanística o del régimen singular de edificios en situación de fuera de ordenación y de su específico régimen de valoración patrimonial (en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Quinta, de 12 de mayo, 26 de septiembre y 9 de noviembre de 2006, 6 de febrero y 9 de julio de 2007, 4 de febrero y 29 de abril de 2009 y 29 de diciembre de 2010).

Ciertamente, como ha reconocido esta Dirección General -vid. Resoluciones de 14 de junio de 2011 y 13 de abril y 22 de julio de 2016-, el aprovechamiento urbanístico subjetivo reconocido al propietario, como parte que es de las facultades de aprovechamiento 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). Así, 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.

El negocio de transferencia de aprovechamiento, sujeto, en principio, al régimen de disposición de bienes inmuebles, puede darse entre particulares o con la Administración, puede ser puramente voluntario o de carácter forzoso o, por su función, puede ser de mera adquisición patrimonial o servir de técnica de gestión urbanística, cuando lo permita la respectiva legislación.

Respecto esto último, 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 como técnica operativa de gestión urbanística, tiene lugar por el acuerdo suscrito entre la Administración y los propietarios de suelo, o entre éstos.

En su virtud la Administración puede adquirir 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.

Del mismo modo, 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.

El ámbito propio de estas transferencias es el de las actuaciones asistemáticas, pero también puede reconocerse en actuaciones sistemáticas. 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.

El fundamento de las operaciones de transferencia como técnica urbanística, 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.

4. Por otra parte, desde el punto de vista de las fincas a las que afecta, el negocio de 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 las fincas cumplan las condiciones urbanísticas exigidas por el correspondiente instrumento de planeamiento.

A estos efectos, hay que diferenciar entre los negocios de transferencia de aprovechamientos urbanísticos entre fincas del mismo o de distinto propietario, de aquellos otros en que el negocio jurídico recae sobre todo o parte del aprovechamiento de una finca como parte integrante de su dominio, sin desplazamiento a otra finca distinta.

El Capítulo V del Real Decreto 1093/1997, se ocupa de la inscripción del aprovechamiento urbanístico. 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. En primer lugar se fijan los requisitos de forma y consentimientos necesarios, previendo que para la inscripción por el registrador de la propiedad será necesario que la transmisión o distribución del aprovechamiento urbanístico se formalice en escritura pública otorgada por el titular o titulares de las fincas sobre las que se distribuya el aprovechamiento, o que resulten afectadas por la transmisión, así como por los titulares de los derechos inscritos o anotados sobre las mismas y que resulten afectados por la transferencia de aprovechamiento. En segundo lugar, se fijan las normas sobre actuación registral, disponiendo que la transmisión o distribución será objeto de inscripción en el folio de la finca a la que el aprovechamiento acrece o entre las que se distribuya, y se hará constar por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca de que proceda.

Estas reglas aparecen desarrolladas en los artículos siguientes del Real Decreto 1093/1997 (en concreto en sus artículos 34 a 37). De los mismos resulta, en primer lugar, que, conforme al principio de especialidad registral, entre las circunstancias que deberán figurar en los asientos que se practiquen para hacer constar la transferencia del aprovechamiento urbanístico, además de las generales (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento), se incluyen las siguientes: a) el número de unidades de aprovechamiento que corresponde a cada una de las fincas afectadas antes de la transmisión o distribución; b) la cuantía del aprovechamiento transmitido o distribuido, proporción que se le atribuya en relación al de la finca de destino y cuantía del aprovechamiento a que queda reducida la finca de origen; c) la determinación de los



derechos inscritos de las fincas de origen y de destino que no queden afectados por la transmisión o distribución de aprovechamiento, y d) la determinación de los derechos inscritos que se trasladan en todo o en parte de la finca de procedencia del aprovechamiento transmitido o distribuido a la finca de destino (cfr. artículo 34). En segundo lugar, conforme al principio de tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), la transferencia del aprovechamiento debe ser consentida por los titulares dominicales y de cualquier otro derecho o carga inscrito sobre la finca de origen y la de destino (cfr. artículo 35). En tercer lugar, con arreglo al sistema de folio real (cfr. artículo 8 de la Ley Hipotecaria), cuando las fincas de origen y de destino del aprovechamiento transmitido o distribuido consten inscritas en distritos hipotecarios diferentes, se aplicarán reglas especiales que dejen reflejado en ambos registros de forma coordinada la transferencia. En concreto, entre otras reglas, se establece que el registrador competente para practicar la inscripción en la finca de destino del aprovechamiento no llevará ésta a efecto hasta que le conste que se ha practicado la nota en el folio correspondiente a la finca de la que el aprovechamiento procede (cfr. artículo 36).

Por consiguiente, 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.

Ahora bien, esta determinación de la finca de destino no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la misma (sea o no el mismo o los mismos que los de la finca de origen), sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico. 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 la 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.

Será imprescindible, además identificar el objeto de transferencia o transmisión, en cuanto al número de unidades de aprovechamiento que corresponde a cada una de las fincas afectadas antes de la transmisión o distribución, la cuantía del aprovechamiento transmitido o distribuido, proporción que se le atribuya en relación al de la finca de destino y cuantía del aprovechamiento a que queda reducida la finca de origen y la identificación inequívoca y firme de la finca de destino a cuyo aprovechamiento materializable ha de acrecer el sobrante transferido, conforme al principio de especialidad que rige nuestro

sistema registral al exigir tal determinación (cfr. artículos 9, 21 y 30 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento).

5. No cabe soslayar la falta de determinación de la finca de destino a la que ha de acrecer el aprovechamiento por la vía de la apertura voluntaria de un folio registral independiente, como finca registral especial, respecto del aprovechamiento objeto de transmisión, en los términos autorizados por el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997.

Es cierto que el concepto moderno de finca incluye no sólo la unidad de suelo, sino también de edificación, y que la misma puede situarse no sólo en la rasante, sino también en el vuelo o en el subsuelo, y que cuando la legislación hipotecaria permita abrir folio en el Registro de la Propiedad pasará a tener la consideración de finca registral (vid. artículo 26 de la Ley de Suelo estatal).

Y es igualmente cierto que la legislación hipotecaria, y más precisamente el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción de actos de naturaleza urbanística, permite que el aprovechamiento urbanístico se inscriba como finca especial disgregada del suelo, a modo de segregación de parte de su contenido, y mediante apertura de folio independiente, en los siguientes casos: a) cuando la Administración solicite que el aprovechamiento que le corresponda se inscriba bajo esta modalidad, como disgregado de la finca o fincas de que procede; b) cuando tenga lugar la ocupación directa de fincas mediante el reconocimiento de unidades de aprovechamiento en los casos previstos por las leyes; c) en los casos de expropiación forzosa de fincas determinadas en los que el justiprecio consista en la atribución posterior de fincas futuras pendientes de formación, y d) en los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen éstas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente.

Mas fuera de los supuestos tasados en que el citado precepto hipotecario admite la apertura de folio independiente, con carácter instrumental, donde el aprovechamiento reconocido e inscrito se encuentra llamado a materializarse, salvo casos de compensación económica, en finca de futura determinación, no puede admitirse el tratamiento como finca registral independiente del aprovechamiento urbanístico subjetivo transmitido por el propietario, si está llamado a materializarse en la misma unidad de suelo o edificación objeto de dominio del transmitente y que constituye finca registral.

Es decir, aunque pueda admitirse la validez civil de la transmisión por el propietario de una parcela o solar, edificado o no, de todo o parte del aprovechamiento urbanístico subjetivo que pueda materializar en la misma, diferente aquí del concepto estricto de transferencia como técnica equidistributiva, dicha transmisión lo que deriva es en la formación de una especial comunidad de derechos recayentes sobre una misma unidad perimetral de terreno delimitable por sus coordenadas de localización, cuya configuración jurídica deberá articularse mediante el régimen de la comunidad por cuotas ideales de propiedad o la constitución de derechos reales de sobreedificación o subedificación, cuya justificación causal se encuentra en la propia adquisición del aprovechamiento subjetivo, y sin perjuicio de su definitiva configuración por subrogación real como fincas de atribución privativa en forma de propiedad horizontal o complejo inmobiliario, pues sólo así se posibilita su acceso al Registro de la Propiedad sobre la finca registral correspondiente a dicha unidad de suelo conforme a las exigencias del principio de determinación y de folio real –artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 16, 51 y 54 de su Reglamento y 26 de la Ley de Suelo, y disposición adicional decimotercera de la Ley de Urbanismo de Aragón–.

6. En efecto, como ha señalado la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resolución de 30 de mayo de 2009), no cabe duda de que el concepto de finca registral hoy en día no se limita a su consideración 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 de 2008 sancionó esta concepción moderna de finca en su artículo 17, número 1.a), hoy artículo 26, cuando establece que: «1. Constituye: a) Finca: la 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. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral. b) Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente», permitiendo constituir un complejo inmobiliario sobre una sola finca o sobre varias, sin necesidad de previa agrupación, cuando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público, con carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público. Tales fincas podrán estar constituidas, tanto por edificaciones ya realizadas, como por suelos no edificados, siempre que su configuración física se ajuste al sistema parcelario previsto en el instrumento de ordenación.

Fiel a la concepción expuesta del aprovechamiento urbanístico subjetivo como objeto de derecho, las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, aprobadas por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, 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 incorpora, como consecuencia del cumplimiento por su titular de los requisitos establecidos por la legislación urbanística aplicable, haciéndose constar por nota marginal (cfr. artículo 77 del Real Decreto 1093/1997), o bien –a modo de segregación– pasar a formar finca registral independiente (cfr. artículo 39 del Real Decreto 1093/2007). En este sentido el citado Real Decreto 1093/1997, prevé de manera expresa, en el artículo 1, que son inscribibles en el Registro «los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico, incluso si dan lugar a un derecho separado del suelo, mediante la apertura de un folio independiente», aunque el artículo 65.1.e) de la Ley estatal de Suelo, únicamente alude a la inscripción de los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.

Pero nada impide, como se ha dicho, que el objeto del respectivo negocio recaiga sobre el aprovechamiento urbanístico de la finca mientras permanece como parte integrante del contenido de las facultades dominicales de su titular. Por ello, partiendo de un concepto amplio de aprovechamiento urbanístico, esta Dirección General ha admitido supuestos en que pueden acceder al Registro de la Propiedad no sólo negocios o actos jurídicos que tengan por objeto el aprovechamiento cuando el mismo ha sido independizado de la finca de origen mediante su inscripción en folio independiente como finca registral separada, o ha sido transferido a otra finca distinta de la de origen, sino también cuando dicha emancipación de la finca de origen no se ha producido, esto es, cuando el aprovechamiento todavía «forma parte del contenido del dominio y por tanto está implícito en la descripción meramente perimetral de la finca registral» (cfr. Resolución de 30 de mayo de 2009).

En tal situación se ha admitido el acceso al Registro de una opción de compra sobre la totalidad del aprovechamiento urbanístico que corresponda a una finca aportada por el concedente de la opción a una junta de compensación, con objeto de que dicha opción alcance, con plena eficacia de subrogación real, a las fincas de reemplazo en que se materialicen finalmente los derechos de aprovechamiento (cfr. Resolución de 23 de octubre de 2001). Igualmente se ha admitido en la misma situación la anotación preventiva de embargo del exceso de edificabilidad (descrito con todas las circunstancias y detalles que exige el artículo 34 del Real Decreto 1093/1997) que corresponda a cierta finca registral, y que consta inscrito a favor del promotor, cumpliendo el tracto sucesivo.

Pero es lo cierto que en uno y otro caso (opción de compra y embargo) se trata de actos de carácter preparatorio que si bien pueden derivar en otros posteriores de transmisión (venta en ejercicio de la opción o adjudicación o remate en caso de ejecución), sin embargo, no la producen directamente o per se.

Por ello es posible que tales actos (opción y embargo) puedan reflejarse en el folio de la finca de origen a que corresponde el aprovechamiento urbanístico afectado, cumpliendo las exigencias del principio de especialidad, pero esa situación no puede mantenerse en caso de que la transmisión que tales actos preparan llegue a materializarse. Así lo ha declarado este Centro Directivo respecto del embargo en su Resolución de 30 de mayo de 2009, al afirmar que en caso de ejecución del embargo habrá de configurarse como finca independiente o adscribirse por nota marginal a otra finca, lo que requerirá previamente, cuando concurren diversos titulares, configurar el correspondiente régimen de comunidad de derechos recayentes sobre el territorio, exigencia que deriva del principio de folio real que rige en nuestro sistema registral (cfr. artículos 7 y 8 de la Ley Hipotecaria y 54 del Reglamento Hipotecario).

Lo mismo sucede en el caso de que la opción de compra se ejercite dando lugar a la transmisión correspondiente (cfr. Resoluciones de marzo de 1993 y 14 de febrero de 2003), aunque en el supuesto de la Resolución de 23 de octubre de 2001, se trataba del total aprovechamiento derivado de una finca afecta a un proyecto de compensación, destinado a su materialización por subrogación real en la correspondiente finca de resultado, supuesto que puede permitir la apertura de folio independiente al aprovechamiento transmitido en todo o parte, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente, como dispone expresamente el artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997. En este supuesto, como prevé el artículo 43 del citado Real Decreto, las unidades de aprovechamiento transmitidas se inscribirán, en folio independiente a favor de su adquirente, y se hará constar dicha transmisión mediante nota al margen de la finca de que el aprovechamiento procede. El aprovechamiento inscrito podrá ser objeto de transmisión o gravamen y su inscripción independiente se cancelará en el momento en que tenga lugar la adjudicación a favor de su titular de la finca de reemplazo correspondiente en la unidad de ejecución que, en caso de adjudicarse a diversos titulares deberá de ser, en principio, en cuotas ideales de dominio, proporcionales a los respectivos aprovechamientos subjetivos.

El supuesto de la Resolución de 26 de junio de 2006, en la que se admitió la inscripción de la venta de unos derechos de aprovechamiento urbanísticos correspondientes a un Ayuntamiento a favor de una sociedad mercantil no constituye argumento en contra de lo expuesto, pues en tal caso el aprovechamiento urbanístico figuraba ya previamente inscrito como finca independiente a favor del Ayuntamiento vendedor, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, reconociendo que los aprovechamientos urbanísticos 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, como se establece en la legislación vigente al regularse el destino que se ha de dar a las cantidades percibidas por los Ayuntamientos por la correspondiente enajenación, así como admitirse que tales transmisiones se realicen a favor de personas no propietarias de suelo (cfr. artículo 30.2.º de la Ley Andaluza 7/2002).

En el caso de la Resolución de 13 de abril de 2016, se diferencia entre aquellos supuestos de transferencia de aprovechamiento con fines urbanísticos y aquellos otros en los que de lo que se trata es de la transmisión del aprovechamiento subjetivo según su consideración como derecho susceptible de negociación independiente. Respecto a este segundo supuesto, el de la transmisión de aprovechamientos, entre titulares, propiamente, no entre fincas como planteaba el caso, si bien su reconocimiento generalizado en el caso de las denominadas actuaciones sistemáticas puede resultar discutible, se admite por la resolución si la Administración autoriza la transferencia por entender correctos, conforme a la legislación aplicable, tanto el aprovechamiento atribuido a la finca aportada, como su transmisión, antes de la aprobación del proyecto de reparcelación, pudiendo abrir folio

independiente de conformidad con los artículos 39.4 y 43 del Real Decreto 1093/1997, pues en caso contrario lo procedente sería la transmisión de la totalidad o de una cuota en proindiviso de la finca originaria lo que permitiría al adquirente de la misma intervenir en el procedimiento para conseguir la adjudicación de la finca resultante de la actuación, donde podrá materializar, en todo o parte, el aprovechamiento subjetivo finalmente adquirido.

La Resolución de 22 de julio de 2016, por su parte, admite la inscripción de las reservas de aprovechamiento que, aunque el Real Decreto 1093/1997, no las contempla expresamente, entiende que cabe enmarcarlas en los supuestos en que permite que el aprovechamiento se inscriba como finca especial disgregado del suelo del que procede y mediante apertura de folio independiente en el artículo 39.

7. Entrando a examinar los defectos concretos planteados por la registradora objeto de recurso, procede analizar conjuntamente, en primer lugar, los defectos relativos a la falta de concreción del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada una de las fincas registrales afectadas, y su acreditación por certificación administrativa.

Como ha quedado expuesto en las consideraciones iniciales, es requisito para permitir el acceso registral del aprovechamiento urbanístico, en los casos en que esto sea posible, bien por inscripción o nota marginal en el folio registral de la finca, bien mediante folio independiente, que se concrete el número de unidades de aprovechamiento que corresponde a cada una de las fincas afectadas antes de la transmisión o distribución, especificadas en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable, así como la cuantía del aprovechamiento transmitido o distribuido, proporción que se le atribuya en relación al de la finca de destino y cuantía del aprovechamiento a que queda reducida la finca de origen artículo 34 del Real decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Es cierto que en el presente supuesto se acredita la concesión de licencia de edificación para una edificabilidad de 3.475,25 metros cuadrados sobre un solar de 622 metros cuadrados, con destino a edificio de quince viviendas, trasteros y treinta estacionamientos y locales, mas con la condición de la previa regularización registral de la agrupación de las dos fincas contempladas en el proyecto básico y de la demolición de la edificación existente.

Si bien se trata de dos fincas registrales, con sus respectivas referencias catastrales, la 145N, de 414,23 metros cuadrados de superficie, según Registro, y la 146N, de 208,55 metros cuadrados, se manifiesta en la escritura que en realidad constituyen un complejo inmobiliario, por formar parte de un edificio, considerado unitariamente a efectos urbanísticos.

Si puede admitirse tal tesis a efectos de actuación urbana, lo que resulta amparado por la licencia concedida, con la condición, cierto es, de agrupación registral, es evidente que no se ha procedido a la configuración jurídico real de tal consideración urbanística unitaria, particularmente mediante la agrupación registral de las dos fincas registrales, o la constitución de tal complejo, por lo que debe precisarse el aprovechamiento correspondiente a cada finca registral, como objeto de derecho.

Es cierto, por otra parte, que las fincas registrales, tienen la condición urbanística de solar –vid. artículo 14 de la Ley de urbanismo de Aragón– y que en el suelo urbano consolidado, el aprovechamiento subjetivo correspondiente al propietario equivale al objetivo establecido en el planeamiento –artículo 127.1–, como también que la licencia habilita una edificabilidad real de 3.475,25 metros cuadrados, acreditando, por tanto el mismo aprovechamiento subjetivo del titular, mas como se ha dicho, es necesario precisar el total aprovechamiento correspondiente a cada finca registral afectada, antes y después de la transmisión de aprovechamiento, por exigencia del principio de determinación registral y previsión de la propia norma complementaria.

Por otra parte, como ha señalado esta Dirección General es indispensable que la fijación del aprovechamiento subjetivo sea el correcto, para lo que debe partirse del tipo fijado en el Plan, y su determinación requiere intervención administrativa. El aprovechamiento subjetivo, en cuanto facultad que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuya a su titular, 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 –Resolución de 13 de abril de 2016-.

Por lo que, aun cuando el aprovechamiento total correspondiente a las fincas pueda coincidir con el amparado por la licencia, debe exigirse un pronunciamiento expreso de la Administración con referencia a las fincas registrales afectadas, así como, en su caso, la circunstancia de estar o no materializado.

8. El siguiente defecto a analizar es relativo a la posibilidad de apertura de folio independiente a un aprovechamiento urbanístico que ha de materializarse exclusivamente sobre la finca a la que corresponde.

Ya se ha expuesto la posición de este Centro Directivo basada en que fuera de los supuestos tasados en que el citado precepto hipotecario admite la apertura de folio independiente, donde el aprovechamiento reconocido e inscrito se encuentra llamado a materializarse, salvo casos de compensación económica, en finca de futura determinación, no puede admitirse el tratamiento como finca registral independiente del aprovechamiento urbanístico subjetivo transmitido por el propietario, si está llamado a materializarse en la misma unidad de suelo o edificación objeto de dominio del transmitente y que constituye finca registral, como consecuencia de una actuación urbana aislada –cfr. el artículo 39.4 de las normas complementarias, que contempla una actuación sistemática–.

Pues, aunque pueda admitirse, también en Aragón, la validez civil de la transmisión, por el propietario de una parcela o solar, edificado o no, de todo o parte del aprovechamiento urbanístico subjetivo que pueda materializar en la misma, diferente aquí del concepto estricto de transferencia como técnica equidistributiva, no prevista en la regulación aragonesa, dicha transmisión lo que deriva es en la formación de una especial comunidad de derechos recaentes sobre una misma unidad perimetral de terreno delimitable por sus coordenadas de localización, cuya configuración jurídica deberá articularse mediante el régimen de la comunidad por cuotas ideales de propiedad o la constitución de derechos reales de sobreedificación o subedificación, cuya justificación causal, a efectos civiles, podrá basarse en la propia adquisición del aprovechamiento subjetivo, y sin perjuicio de su definitiva configuración por subrogación real como fincas de atribución privativa en forma de propiedad horizontal o complejo inmobiliario, pues sólo así se posibilita su acceso al Registro de la Propiedad sobre la finca registral correspondiente a dicha unidad de suelo conforme a las exigencias del principio de determinación y de folio real –artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 16, 51 y 54 de su Reglamento y 26 de la Ley de Suelo, y disposición adicional decimotercera de la Ley de Urbanismo de Aragón–.

9. Respecto a los defectos de no ser posible inscribir la transmisión de aprovechamiento libre de cargas, es decir, la prohibición de enajenar y la servidumbre de luces y vistas, y la propia vulneración de la prohibición, cuyo plazo aún no ha concluido.

Es cierto, como afirma la registradora, que el aprovechamiento urbanístico, aun cuando pueda ser objeto autónomo de derechos, no queda libre del condicionamiento jurídico de la finca de la que proviene. Por ello, la inscripción separada del aprovechamiento, si es que pudiera practicarse, sólo podría hacerse arrastrando la prohibición de enajenar y la servidumbre de luces y vistas que gravan las fincas de origen, de forma análoga a lo que ocurre en cualquier otro supuesto de formación de nuevas fincas a partir de otra inscrita (segregación, agrupación, división, etc,...), como resulta de los artículos 33 a 35 del Real Decreto 1093/1997.

Si bien, a diferencia de las operaciones de equidistribución que cuentan con una regulación específica en los artículos 23 de la Ley de Suelo estatal y 11 y 12 del Real Decreto 1093/1997, con fundamento en la posible existencia de derechos o cargas inscritas cuya subsistencia resulta ciertamente incompatible con la nueva situación fáctica o jurídica de las fincas resultantes, en el caso que estudiamos no existe ninguna alteración de la situación de la finca que pueda justificar un tratamiento diferente al dado por las normas complementarias respecto al traslado de derechos y cargas, siendo evidente que, tratándose de la misma finca, seguirá afectada por la servidumbre de luces y vistas inscrita.

Ciertamente, del escrito del recurso parece deducirse que el recurrente se encuentra conforme en la necesidad de que se produzca el arrastre en lo referente a la servidumbre.

10. En lo que respecta a la vulneración de la prohibición testamentaria de enajenar, que constituye defecto insubsanable.

Como ha señalado esta Dirección General –Resolución de 25 de junio de 2013–, la prohibición de disponer supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de poder a favor del beneficiado por ella, que, sin embargo, no es un verdadero derecho real ni una estipulación a favor de tercero (Resolución de 20 de diciembre de 1929). No impiden, en principio, la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan sólo los actos voluntarios de transmisión «inter vivos». Así, un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido «mortis causa».

Los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria hacen referencia a las prohibiciones de disponer desde la perspectiva registral careciendo nuestro Código Civil de una regulación completa de la figura de las prohibiciones de disponer o enajenar.

El principio de libertad de tráfico, con amparo en el artículo 348 del Código Civil, y por tanto vigente en nuestro sistema jurídico, exige que las restricciones legítimamente impuestas a la propiedad, y en consecuencia, a su facultad dispositiva, sean interpretadas de forma restrictiva sin menoscabo de los intereses que las justifican. Esta misma fórmula o solución fue admitida ya por este Centro Directivo en Resolución de 18 de enero de 1963, en relación a prohibiciones testamentarias, como modo de salvaguardar los distintos intereses en juego.

Las prohibiciones de disponer, además de la temporalidad o la accesoriedad, exigen la existencia de justa causa, como así lo ha impuesto la jurisprudencia. Baste como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 diciembre 1991, citada por el recurrente, según la cual, además, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar, etc. Ejemplo de lo indicado puede contemplarse en la Sentencia de 25 de junio de 1945, en la cual y entre otros pronunciamientos se declara la inadmisibilidad de los pactos de no enajenar concebidos en términos absolutos con base en el principio de que «pactum de non alienando res propria non valet», siendo preciso para su eficacia que se inspiren en un interés digno de protección, a salvo, claro es, de las taxativas prohibiciones legales, criterio que puede también observarse en las Resoluciones de 30 de junio de 1913, cuando establece que tales pactos han de entenderse en su sentido literal y no pueden ampliarse, y en la de 21 de abril de 1949.

Como es sabido, además, la prohibición de disponer afecta a una de las facultades que integran el contenido del derecho subjetivo, en este caso el de dominio que, según el artículo 348 del Código Civil comprende el derecho de usar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes.

Pero tal prohibición, en el caso de este expediente, de enajenar, no limita otras facultades embebidas en dicho derecho dominical, como es la de aprovechamiento urbanístico de la finca objeto de derecho, al que alude el artículo 12 de la Ley de Suelo estatal y 28 de la ley aragonesa, ni tampoco limita la facultad de edificar en unidad apta para ello, una vez cumplidas las condiciones impuestas por la ordenación.

Sí limitará, sin embargo, la transmisión puramente voluntaria del derecho de aprovechamiento urbanístico, como facultad independiente, cierto es, pero integrante natural del contenido del dominio sobre un mismo objeto, con independencia de la fecha de aprobación del planeamiento que lo determine, o del cumplimiento de las condiciones que posibilitan su patrimonialización. Pues no se está, mientras no se independice de su dominio originario, ante un nuevo objeto de derecho que se atribuye o agrega por la ordenación, sino ante una facultad jurídica, susceptible de valoración económica, de materializar mediante la edificación, el aprovechamiento que en cada momento permita el planeamiento sobre la finca, incorporándolo al patrimonio de su respectivo titular, afectando entonces necesariamente a la configuración dominical de la finca en caso de que dicha facultad se enajene para vivir autónomamente bajo otra titularidad –cfr. artículo 26 de la Ley de Suelo estatal–.

En definitiva, con la mera modificación de la ordenación urbana y el cumplimiento de sus condiciones, varía el contenido económico del derecho de propiedad, pero no el objeto del derecho, la finca, que permanece inalterado, por lo que no puede defenderse que aquellos cambios de ordenación supongan la adquisición de nuevos objetos de derecho, independientes, por tanto, del objeto del derecho adquirido por sucesión hereditaria y sujeto a limitación testamentaria que afecta a la facultad de enajenar.

La prohibición no impedirá, según la doctrina de este Centro Directivo, las transmisiones de aprovechamiento subjetivo de carácter forzoso, coactivas o incluso inducidas, cuando, aprobadas por la Administración competente sirvan para hacer efectiva la equidistribución de beneficios y cargas derivadas de la ordenación, esto es, como técnica operativa de gestión urbanística.

Mas en el caso de la legislación aragonesa no se contempla, como técnica de gestión, la transferencia directa entre particulares al dar intervención a la Administración, según se dispone en el artículo 129, y en el suelo urbano consolidado, como es el presente caso, el aprovechamiento subjetivo correspondiente al propietario equivale al objetivo establecido en el planeamiento, si bien, en las operaciones aisladas de rehabilitación, siempre que se conserve la edificación y ésta no se encuentre fuera de ordenación, si se da la circunstancia de que la edificabilidad materializada históricamente supera el aprovechamiento objetivo señalado por unidad de superficie en el planeamiento, se tomará tal edificabilidad como referencia de aprovechamiento subjetivo –artículo 127–.

Por lo que, tratándose de una transmisión de aprovechamiento urbanístico puramente voluntaria, debe quedar afectada por la virtualidad de la prohibición de enajenar.

11. Las consideraciones sobre el cumplimiento del deber de edificar en la edificabilidad y plazo determinado por el planeamiento, que es consecuencia del contenido estatutario del derecho de propiedad de suelo delimitado por su función social –artículo 31.2 de la ley aragonesa–, en este caso, de desarrollo urbano, así como los propios principios inspiradores de la nueva legislación de suelo, en orden a la renovación y regeneración urbana –vid. Preámbulo de la Ley 8/2013, de 26 de junio–, no obstan a esta conclusión sobre la virtualidad de la prohibición testamentaria en relación a la enajenación del aprovechamiento materializable.

El incumplimiento del deber de edificar tendrá consecuencias, algunas de índole fiscal o incluso parafiscal –vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 2013–, pero especialmente tendrá consecuencias de índole urbanística.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso, de 20 de febrero de 2015 afirma que: «(...) el deber de edificar, atendida la voluntad del Legislador, se configura como un deber inspirado en la primacía del interés general sobre el particular, en la conformación del derecho de propiedad privada, al servicio del superior interés general de la comunidad en el terreno de la ordenación urbanística. Desde tal perspectiva, el régimen jurídico que se perfila consiste, básicamente, en la conformación de un deber sometido, en todo caso y como regla general, a un plazo, dos años, atribuyendo a la Administración, como garante de tal interés general, la potestad de exceptuarlo, de ampliarlo, sólo con un limitado alcance, por concretas y determinadas razones, que se evidencien en la correspondiente resolución en que tal dilación o prórroga se adopte (...)».

Efectivamente, de acuerdo con la legislación aragonesa –artículos 217 y siguientes–, de modo acorde con la legislación básica estatal –artículos 49 y 50 de la Ley de Suelo–, el incumplimiento del deber de edificar habilitará al municipio para decretar, de oficio o a instancia de interesado, y en todo caso previa audiencia del obligado, la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o proceder a la ejecución del planeamiento mediante sustitución del propietario, en este último caso, previa declaración administrativa. La declaración de incumplimiento del deber de edificar y de la situación de ejecución por sustitución contenida en resolución que agote la vía administrativa habrá de comunicarse mediante certificación, a los efectos que procedan conforme a la legislación aplicable, al Registro de la Propiedad para la práctica de nota marginal a la inscripción de la correspondiente finca. La no comunicación al Registro podrá dar lugar a responsabilidad



patrimonial de la Administración por los daños que se produzcan a terceros a causa de la falta de constancia registral del procedimiento de ejecución por sustitución. El municipio deberá convocar un concurso, de oficio o a instancia de cualquier persona, para la sustitución del propietario incumplidor, presentando un programa de edificación que se tramitará conforme al procedimiento previsto para los programas de urbanización, contando el adjudicatario con las prerrogativas y obligaciones del adjudicatario, si bien, con el carácter de actuación asilada –artículo 132.2–.

Es evidente, según lo expuesto que tanto la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad como, en su caso, la ejecución por sustitución tramitada conforme a los preceptos expuestos y las adjudicaciones dominicales consiguientes no quedarían afectadas por la prohibición testamentaria de enajenar, pues es meridiano que el interés general de la colectividad, plasmado en el procedimiento administrativo y tutelado por el municipio, prevalece sobre el interés legítimo particular a que atiende la prohibición impuesta en testamento.

Igualmente el artículo 89 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, permitirá, en tales casos, la inscripción de la adjudicación de la finca libre de cargas, cancelándose la prohibición de enajenar –vid. el antiguo artículo 37.3 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, Decreto 635/1964–.

Pero fuera del marco de tal regulación tuitiva del interés general, la apreciación de un interés prevalente a la voluntad de la testadora, y consiguiente cancelación de la limitación dominical, debe quedar referido a la decisión judicial.

Por lo que, a falta de resolución judicial en tal sentido, ha de concluirse que la prohibición testamentaria inscrita impide la enajenación de todo o parte del contenido del derecho de propiedad, que incluye la facultad de aprovechamiento urbanístico que en cada momento permita el plan sobre las fincas, adquiridas por herencia.

12. Por otra parte, partiendo de que toda disposición testamentaria ha de entenderse, conforme al artículo 675 del Código Civil y la jurisprudencia citada, según el tenor de la última voluntad del causante, y al haber establecido la causante que la finca no puede ser enajenada por el heredero hasta después de transcurridos cincuenta años a partir de su fallecimiento, el 22 de diciembre de 1998, debe examinarse si tal limitación impide, no ya la transmisión, sino la constitución de un derecho de opción de compra de aprovechamiento, que es lo pretendido en la escritura calificada.

Cualquiera que sea la posición que se adopte respecto de la naturaleza del derecho de opción, es indudable que, al inscribirse, tiene eficacia o trascendencia real en el sentido de producir efectos respecto de terceros, por lo que convierte en claudicantes los derechos (no preferentes) que accedan al Registro de la Propiedad con posterioridad, los cuales sin embargo se consolidan en el caso de que no se ejercite la opción en tiempo o forma. Y, una vez inscrito, el derecho de opción queda sometido a los principios generales que rigen nuestro sistema hipotecario (vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2003 y la Resolución de esta Dirección General de 6 de marzo de 2014).

Ciertamente, si bien, dentro del concepto estricto de enajenación no se comprende el de constitución de un derecho de opción de compra, toda vez que en este último derecho, la enajenación tiene lugar únicamente en el caso de que la opción llegue a ejercitarse, más para que pueda resultar compatible con la prohibición, ambas partes habrán de pactar demorar su ejercicio hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante, pues de otra forma se burlaría la prohibición impuesta, al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo de limitación y quedaría frustrada la voluntad de la testadora, por lo que al no cumplir el título presentado tales condiciones, debe denegarse su inscripción por vulnerar la prohibición de disponer inscrita, constituyendo un defecto insubsanable, sin olvidar el plazo de duración de la opción exigido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario para que sea inscribible en el Registro de la Propiedad.

Por lo que se refiere a la afirmación que realiza el recurrente de que la prohibición de disponer es nula por exceder del plazo de treinta años, esta Dirección General, si bien en relación a una carga modal (cfr. Resolución 19 de octubre de 2015), ya señaló que debiera estar sujeta a plazo, afirmando que tratándose de personas físicas se aplica el límite fijado

en el artículo 785.2 del Código Civil (cfr. artículo 1.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas), que determina que no surten efecto las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781 y tratándose de personas jurídicas será un plazo de treinta años (artículos 515 del Código Civil y 21.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). Por otra parte en cuanto a la sanción que supondría la violación de los límites temporales señalados anteriormente la doctrina científica afirma que debe entenderse la disposición válida en lo que no traspase aquellos límites, por tanto, se tendrán por no puestos los que sobrepasen del segundo grado o de treinta años. Hay que tener en cuenta que la nulidad de los llamamientos que se extralimitan no acarrea la de los permitidos, según la regla «utile per inutile non vitiatur». Según el artículo 786 del Código Civil señala que «la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria». La norma debe entenderse en el sentido de que sólo son nulos los llamamientos que excedan de los permitidos (Sentencias 8 de mayo de 1894 y 6 de junio de 1905).

13. Finalmente, respecto a los errores o contradicciones que aprecia la registradora en la en la escritura que el recurrente admite parcialmente, puede admitirse que el objeto del contrato aparece correctamente definido a tenor de la estipulación quinta, de modo que el derecho de opción de compra acordado se refiere al aprovechamiento de 2.636,47 metros cuadrados y no al total no materializado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora, excepto en lo referente al defecto expresado en el apartado séptimo de la nota de calificación.

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, 17 de marzo de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado,  
Francisco Javier Gómez Gáligo