

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9669 *Resolución de 25 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Burjassot, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa y opción de compra de aprovechamientos urbanísticos.*

En el recurso interpuesto por doña P. L. G. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Burjassot, doña Ana Castaño Roca, por la que suspende la inscripción de una escritura de compraventa y opción de compra de aprovechamientos urbanísticos.

Hechos

I

El día 1 de agosto de 2013, con el número de protocolo 1.016, se autorizó, por el notario de Burjassot, don José Fito Martí, una escritura de elevación a público de contrato privado de opción de compra.

La escritura tenía por objeto la elevación a público y modificación de un contrato privado de opción de compra sobre la finca registral número 1.071 del Registro de la Propiedad de Burjassot, descrita como urbana situada en el ensanche del pueblo y con una superficie de 1.187 metros cuadrados, en cuya parte central existía una casa de habitación y recreo. La finca se encuentra gravada con una hipoteca a favor de «Banco Popular Español S.A.».

En virtud del contrato privado y su modificación que formalizaban en la escritura, los cónyuges titulares registrales estipulaban lo siguiente:

En primer lugar, la venta por precio a don J. M. N. P. de «los derechos de aprovechamiento urbanístico, que a la finca descrita, le correspondan en la Unidad de Ejecución 1 del PGOU únicamente los que se concreten en un solar de entre mil ciento sesenta y un metros y mil doscientos metros cuadrados de superficie y cuatrocientos metros cuadrados de techo, destinados a estación de servicios y usos complementarios (...) siempre que quede un resto de finca de quinientos metros cuadrados de solar de uso terciario compatible con el residencial y una edificabilidad de mil trescientos ochenta metros de techo». Se estipulaba además una condición resolutoria de la compraventa al condicionarse a que «en el plazo máximo de tres años», desde la fecha de la escritura la Unidad de Ejecución 1 del Plan General de Ordenación Urbana se desarrollase y en la misma se reconociesen a la finca descrita los derechos urbanísticos concretados en dos parcelas solares con las características mencionadas.

En segundo lugar, los cónyuges titulares registrales concedían a don J. M. N. P. una opción de compra por un precio alzado, una vez firme la reparcelación, sobre el solar resultante de la misma descrito anteriormente con 500 metros cuadrados de solar de uso terciario compatible con el residencial y una edificabilidad de 1.380 metros cuadrados de techo, a ejercitar en un plazo de seis meses desde la aprobación de la reparcelación.

Se incorporaba un plano de la ubicación prevista de la parcela y fichas de parámetros urbanísticos de planeamiento y gestión de la unidad de ejecución, así como un informe municipal de fecha 19 de julio de 2013, sobre la posibilidad de implantación de estación de servicio en la zona de uso terciario de la unidad (que se emite en situación de aprobación provisional pendiente de aprobación definitiva del proyecto de revisión del Plan General por la Consejería de Urbanismo).

Tras una primera calificación del documento citado, se devolvió el mismo en unión de un certificado del Ayuntamiento de Burjassot, firmado electrónicamente por el secretario de dicho Ayuntamiento el día 17 de diciembre de 2020, con el visto bueno del alcalde-presidente, y un escrito de la presentante, de fecha 7 de enero de 2021. En dicho escrito, la presentante del documento, en virtud del mandato dado en la propia escritura, solicitaba la inscripción de la misma en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 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, respecto a los aprovechamientos urbanísticos que corresponden a la finca registral en la Unidad de Ejecución 1, aclarando que la concesión de la opción de compra es gratuita y que el plazo de ejercicio es de 6 meses desde la aprobación definitiva de la reparcelación. De igual modo, se solicitaba que la inscripción de los aprovechamientos urbanísticos debería contener que los mismos correspondían a un solar de entre 1.161 y 1.200 metros cuadrados de superficie y 400 metros cuadrados de techo, y a un solar resultante con 500 metros cuadrados de solar de uso terciario compatible con el residencial y una edificabilidad de 1.380 metros cuadrados de techo. Igualmente, para el caso de no considerar aplicable la inscripción de los apartados anteriores, en base al artículo 33 del Real Decreto 1093/1997, solicitaba, al amparo del artículo 43 del Real Decreto 1093/1997, la inscripción parcial de los aprovechamientos urbanísticos adquiridos en firme, en folio independiente. En todo caso, solicitaba la inscripción parcial por nota al margen de la finca de procedencia de la transmisión de los aprovechamientos urbanísticos hasta que se apruebe la reparcelación, y en todo caso la anotación preventiva de suspensión al amparo del artículo 41 del Real Decreto 1093/1997.

Finalmente, se acompañaba certificado de informe municipal sobre las condiciones urbanísticas de la finca registral 1.071, certificando que la misma se encuentra adscrita a la Unión de Ejecución 1, que la totalidad de la misma está calificada por el Plan General de Ordenación Urbana como (...), y que los derechos urbanísticos que le correspondían a la misma en el desarrollo futuro de la unidad quedan regulados en la Ficha de Planeamiento y Gestión que se adjuntaba donde constaban los parámetros urbanísticos y edificatorios de la unidad y en concreto de la zona de uso terciario. También certificaba que no se estaba elaborando ninguna modificación que pudiera afectar al informe.

II

Presentada la anterior documentación en el Registro de la Propiedad de Burjassot, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Título: escritura de elevación a público de contrato privado de opción de compra.

Notario: José Fito Martí.

Protocolo: 11016/2013.

Fecha: 01/08/2013.

Devuelto el precedente documento, en unión de un certificado del Ayuntamiento de Burjassot, firmado electrónicamente por el Secretario de dicho Ayuntamiento don J. R. A. S. el 17 de diciembre de 2020, con el Visto Bueno del Alcalde, y un escrito de la presentante P. L. G. de fecha 7 de enero de 2021, y calificado de nuevo el mismo, que fue presentado por L. -Consulting Llorens-, P., a las 9:00 horas, del 14/09/2020, motivando el asiento 125 del Diario 109, la Registradora que suscribe, ha resuelto no practicar el asiento solicitado en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

En la escritura pública calificada los comparecientes dejan elevado a público un contrato privado de opción de compra y estando interesados en el ejercicio de la opción

de compra, y por tanto consumación de la compra-venta prevista lo llevan a efecto con algunas modificaciones.

Sus sustanciales son que una vez aprobada la reparcelación, no se compraría la totalidad de la finca, sino solamente los derechos de aprovechamiento urbanístico, que a la finca descrita, le correspondan en la Unidad de Ejecución número 1 del PGOU, únicamente los que se concreten en un solar de entre mil ciento sesenta y un metros y mil doscientos metros cuadrados de superficie y cuatrocientos metros cuadrados de techo, destinado a estación de servicios y usos complementarios, habiéndose ampliado la superficie solar, de mil metros cuadrados a entre mil ciento sesenta y un metros y mil doscientos metros cuadrados, siempre que quede un resto de quinientos metros cuadrados de solar de uso terciario compatible con residencial y una edificabilidad de mil trescientos ochenta metros de techo, así como la forma de pago.

Igualmente se concede un derecho de opción de compra, una vez firme la reparcelación, sobre el solar resultante de la misma de la UE-1 de PGOU de Burjassot, antes referenciada, de una superficie de quinientos metros cuadrados de suelo y mil trescientos ochenta metros cuadrados de techo.

En ejercicio del derecho de opción pactado y ahora modificado transmiten, de los derechos de aprovechamiento urbanístico, que a la finca antes descrita, le correspondan en la Unidad de Ejecución número 1 del PGOU, únicamente los que se concreten en un solar de entre mil ciento sesenta y un metros y mil doscientos metros cuadrados de superficie y cuatrocientos metros cuadrados de techo, destinado a estación de servicios y usos complementarios, siempre que quede un resto de finca de quinientos metros cuadrados de solar de uso terciario compatible con residencial y una edificabilidad de mil trescientos ochenta metros cuadrados de techo. La compra-venta queda condicionada a que la UE-1 del PGOU de Burjassot, quede desarrollada incluyendo en la reparcelación que la ejecute, un reconocimiento de los derechos urbanísticos para la finca propiedad de la parte vendedora, de dos parcelas solares, una de entre mil ciento sesenta un metros y mil doscientos metros cuadrados, con cuatrocientos metros de techo, ubicada entre las esquinas de la calle (...), (siempre que quede un resto de finca de quinientos metros cuadrados de solar de uso terciario compatible con residencial y una edificabilidad de mil trescientos ochenta metros cuadrados de techo) y otra de quinientos metros cuadrados de suelo, con mil trescientos ochenta metros cuadrados de techo, ubicada dentro del ámbito de la unidad de ejecución, con uso terciario compatible con residencial, en los términos que se recogen en la ficha de planeamiento que se incorpora. Si finalmente no quedara aprobada definitivamente, la reparcelación, de la citada unidad de ejecución, en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de la escritura, se pacta condición resolutoria.

Por otra parte, los titulares dominicales de la finca conceden a una opción de compra, una vez firme la reparcelación, sobre el solar resultante de la misma de la UE-1 de PGOU de Burjassot, antes referenciada, de una superficie de quinientos metros cuadrados de suelo y mil trescientos ochenta metros cuadrados de techo. El plazo de ejercicio de la opción de compra será de seis meses desde la aprobación de la reparcelación.

Fundamentos de Derecho.

De lo expuesto resulta que se solicita la inscripción del ejercicio de la opción de compra sobre parte del aprovechamiento urbanístico correspondiente a una finca., y la opción sobre una finca resultante, una vez firme la reparcelación.

Se suspende la inscripción del ejercicio de la opción por no constituir un supuesto de acto preparatorio del negocio sobre el aprovechamiento, sino su transmisión, y no resultando posible la apertura de folio registral por no darse ninguno de los supuestos del art 39 del RD 1093/1997.

Como reconoce la R DGRN 14 de junio de 2011 "...Nada impide 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. 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, pero esa situación no puede mantenerse en caso de que la transmisión que tales actos preparan llegue a materializarse. Así lo ha declarado recientemente 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, exigencia que deriva del principio de folio real que rige en nuestro sistema registral (cfr. artículos 7 y 8 de la Ley Hipotecaria). 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).

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...”

La inscripción, por exigencias del principio de folio real, y dado que la transmisión del aprovechamiento no puede abrir folio registral al no tratarse del supuesto de hecho al que se refiere el artículo 43 del RD 1093/1997, sólo podrá tener lugar cuando se inscriban las fincas resultantes, en las que se materializará el aprovechamiento sobre el que se constituyó la opción.

Además, las transferencias de aprovechamientos urbanísticos requieren autorización administrativa conforme a los artículos 37 RD 1093/1997 y 78 de la LOTUP, y el consentimiento de los titulares inscritos o anotados de acuerdo con el artículo 33 RD 1093/1997, no cual no se acredita en la escritura.

Se considera por la que suscribe que de acuerdo con lo dicho sólo podría reflejarse en el registro la fase de opción sobre los aprovechamientos urbanísticos, para lo que se considera necesario consentimiento expreso, para no desvirtuar el contrato celebrado por las partes, y por exigencias del artículo 14 del Reglamento hipotecario.

Si bien los defectos anteriores se consideran subsanables, existe un defecto que se manifiesta a continuación que tiene la condición de insubsanable: No se identifica el objeto del presente contrato, puesto que no consta previamente inscrito los derechos de aprovechamiento sobre la finca de origen que son objeto de transmisión.

La documentación que aporta el presentante para justificar dicho extremo no es suficiente, ya que se trata de una certificación expedida por el secretario del Ayuntamiento con el visto bueno del Alcalde, en el cual esquemáticamente constan algunos extremos generales de la unidad de ejecución UE-1, pero no se certifica sobre el aprovechamiento que corresponde a la registral 1071, ni se ordena la extensión de la nota marginal de expedición de certificación de titularidad y cargas a que se refiere el artículo 5 del RD 1093/1997 ni correspondientes de la LOTUP.

Tratándose de un elemento esencial del contrato conforme al artículo 1261 del código civil y de acuerdo con el artículo 5 del RD 1093/1997, no puede tomarse anotación preventiva por defecto subsanable.

Respecto al derecho de opción, sobre la finca resultante una vez firme la reparcelación, de una superficie de quinientos metros cuadrados de suelo y mil trescientos ochenta metros cuadrados de techo, se considera necesario determinar un plazo máximo que no exceda de 4 años conforme al artículo 14 del RH, no pudiéndose cumplido este con la expresión “El plazo de ejercicio de la opción de compra será de seis meses desde la aprobación de la reparcelación.”, por cuanto el día inicial del cómputo queda indeterminado. Teniendo el plazo en la opción carácter esencial debe quedar perfectamente fijado, ya que el artículo 14 RH establece un límite mínimo y máximo para su ejercicio que ha de contarse desde la fecha del contrato en que se pacta. Así resulta de resolución de la DGRN de 21/20/2013 y sentencia del Tribunal Supremo 02/06/2009.

Tampoco queda determinado suficientemente si el precio que consta reflejado en la escritura se refiere a la concesión de la opción o a la futura venta, siendo este necesario para su inscripción conforme al citado precepto, ni se da el requisito del convenio expreso de las partes para que se inscriba, siendo insuficiente la solicitud de que el registrador practique las inscripciones que se deriven del instrumento público.

Además, la inscripción del derecho de opción, adolece del mismo defecto insubsanable que la venta del aprovechamiento urbanístico, la falta de inscripción previa de los derechos de aprovechamiento urbanístico que corresponden a la finca, remitiéndome a lo antes dicho.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento, resuelvo suspender la inscripción solicitada por los motivos expresados.

Dichos defectos se consideran subsanables, si bien la inscripción del derecho de opción, y la venta del aprovechamiento urbanístico, adolecen del mismo defecto insubsanable: la falta de inscripción previa de los derechos de aprovechamiento urbanístico que corresponden a la finca, y por esta razón no se practica la anotación preventiva de suspensión solicitada por la presentante en su escrito de fecha 7 de enero de 2021.

Contra la precedente Nota (...)

Burjassot, a veintiocho de enero de dos mil veintiuno. La Registradora (firma ilegible)
Ana Castaño Roca.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña P. L. G. interpuso recurso el día 4 de marzo de 2021 con los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

«Hechos.

Primero.—La Escritura Pública reseñada anteriormente de fecha 1 de agosto de 2.013, de elevación a Público de Contrato Privado Novatorio y Modificativo de condiciones esenciales que se pactan en la misma, contiene “dos negocios jurídicos diferenciados”, respecto a los derechos de aprovechamiento urbanísticos que corresponde a la finca registral 1.071, incluida definitivamente en el ámbito de la Unidad de Ejecución del PGOU de Burjassot, según certificación del propio Ayuntamiento que se

acompañó a dicha escritura para la calificación registral que por el presente se recurre; siendo estos dos negocios los que se describen a continuación:

1.º Venta en firme de parte de los aprovechamientos urbanísticos que se concretan en un solar de entre mil ciento sesenta y un metros y mil doscientos metros cuadrados de superficie y cuatrocientos metros cuadrados de techo, con un precio determinado y una forma de pago, para el caso de que la Reparcelación no se aprobara de una forma definitiva. Siendo la venta un acto preparatorio del que se consolide, cuando la Reparcelación sea firme.

Lo que se pretendía con la presentación e inscripción de los derechos transmitidos contenidos en la Escritura Pública, es la Publicidad Registral de este negocio jurídico (preparatorio o previo que se consolidará cuando la Reparcelación se apruebe y por tanto se abrirá un folio independiente y definitivo).

2.º Opción de compra sobre el resto de aprovechamientos urbanísticos que correspondan a la misma finca registral afecta a la UE-1 del PGOU de Burjassot, una vez firme la Reparcelación sobre el solar resultante de una superficie aproximada de quinientos metros cuadrados de suelo y mil trescientos ochenta metros cuadrados de techo. Opción que tiene carácter gratuito y un plazo de duración indefinido (si no hay plazo fijado, se entenderá el genérico de 4 años) a partir del “dies a quo”, esto es, una vez sea firme la Reparcelación. Igualmente se solicitaba la Publicación Registral que este negocio (opción de compra), que de momento no es firme, porque no está aprobada la Reparcelación. Y además es de advertir, que en este caso la opción de compra sobre esos derechos de aprovechamiento, tiene virtualidad y eficacia desde que la Unidad de Ejecución ha quedado aprobada, esto es el 4 de julio de 2.019, y es a partir de ese momento, cuando puede entenderse el plazo de caducidad del derecho de opción, si fuera invocado por las partes (...)

Segundo.—La Registradora del Registro de la Propiedad de Burjassot ha denegado la inscripción de la escritura citada en la comparecencia por los motivos que constan en su calificación de fecha 28 de enero de 2.021 (...) y es por ello que esta parte interpone el correspondiente Recurso Gubernativo, frente a la misma y ello con arreglo a los siguientes:

Motivos y fundamentos jurídicos.

I. Principio general a favor de la publicidad registral, para proteger a terceros en relación con el principio de seguridad de tráfico jurídico.

a. Es notorio que la Publicidad Registral tiene su esencia en la protección de los terceros (los que no son partes ni sus herederos de un negocio jurídico con trascendencia real). En el caso que nos ocupa, lo que se pretende es proteger a un tercero que merece esa protección registral y con ella evitar que al consultar el Registro, puedan verse afectados por determinados negocios jurídicos que no han accedido al mismo; parece pues, claro que es exigible algún mecanismo de constancia registral por el motivo indicado, que permita dar acceso al Registro para dar publicidad a lo que se compró por un lado y optó por otro, a determinados aprovechamientos de una propiedad ya inscrita.

Aunque el sistema español de anotaciones preventivas es de “*numerus clausus*” ello significa que son aceptables en el Registro todas las anotaciones preventivas siempre que estén contempladas, previstas en la “Ley”, tal y como dispone el propio art. 42.10.º LH “en esta o en otra Ley”; aunque el término Ley sea amplio no en sentido estricto de Ley, sino de norma jurídica que lo reconozca. Por ello, hay que buscar en qué Ley o disposición está prevista la Anotación o Nota Marginal de ese o esos negocios jurídicos, para fundamentarla, y sobre todo en qué condiciones o con qué requisitos.

Tratándose de Aprovechamientos Urbanísticos, habrá que consultar la Ley del Suelo (texto Refundido del 2015, creo); Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, artículos 77, 78 y 79; y Real

Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre normas para la inscripción de actos de naturaleza urbanística, artículos 1.3, 1.8, 33, 34, 35, 37, 43 por analogía, y el artículo 77; de esta normativa parece posible el acceso al Registro de nuestra Escritura, en la interpretación amplia de publicidad que defendemos, así Don J. M. G. G. defiende “Incluso cabría hacer costar sobre finca determinada aspectos del Planeamiento para su publicidad registral, y producir efectos informativos que evitaran que luego se produjera una rescisión de las transmisiones de fincas siempre traumática y no siempre suficiente para resolver problemas...” apostilla J. M. G. G. Esto es, abundando en la necesidad de protección del tráfico jurídico y de intereses legítimos a través de la publicidad registral.

b. Forma de reflejarlo registralmente: la Nota al Margen del artículo 77 de Real Decreto 1093/1997. El escollo es la autorización administrativa, o la certificación del acuerdo del Ayuntamiento, dado que la Certificación de 17 de diciembre de 2020 puede estimarse no suficiente, ya que: certifica que la finca está incluida en su totalidad en la UE 1; certifica que los aprovechamientos urbanísticos que le corresponden son lo que constan en la ficha adjunta; pero no se pronuncia sobre la aprobación de la transferencia de dichos aprovechamientos. Y el requisito de la aprobación por el Ayuntamiento lo impone tanto la legislación autonómica como el propio RD cuando así lo exija la legislación aplicable. Si bien, en el caso que nos ocupa no estamos ante una transferencia de aprovechamiento negociada por particular, sino que el propio Ayuntamiento al aprobar el PGOU, y regular la UE 1, ha establecido “forzosamente “que todos los aprovechamientos urbanísticos de las fincas afectadas, se “materialicen” o transfieran, a las fincas de resultado de la UE-1, cuando se apruebe la Reparcelación. No hace pues falta autorización expresa como si fuera una transferencia de aprovechamiento pactada, en este caso es ex lege por el Planeamiento Urbanístico aprobado.

De todos modos, si se considerara necesario ese pronunciamiento expreso del Ayuntamiento, cabría pedir la Nota Marginal de suspensión por defectos subsanable por analogía y por el mismo plazo que la anotación preventiva de suspensión, art. 42.9.º LH, y mientras, solicitar del Ayuntamiento la aprobación del acuerdo de los particulares en la escritura. En cuanto al contenido de aprovechamiento y dado que no se trata de inscripción ni de anotación, sino de nota marginal, sería suficiente la determinación “indeterminada” que han realizado las partes.

c. Por si este razonamiento y argumento no fuera suficiente, y ahondando en la aprobación definitiva de la UE-1 certificada por el Secretario del Ayuntamiento de Burjassot, el artículo 39.4 del Real Decreto 1093/97 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, establece, que el aprovechamiento urbanístico se inscribirá como finca especial disgregada del suelo y mediante apertura de folio independiente, cuando se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la Aprobación Definitiva del Proyecto de Equidistribución correspondiente (...)

Por lo que a juicio de esta parte, se pueden y deben inscribir los negocios jurídicos en que por cualquier título se transmitan derechos de aprovechamiento urbanístico, antes de la aprobación de la Reparcelación o del Proyecto de Equidistribución.

d. Incidiendo en lo manifestado en el apartado “a”, hay que destacar también que tanto el artículo 78.5 como el 79.3 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, imponen la obligación de “hacer constar en el Registro de la Propiedad” “se inscribirá”, esas transferencias de aprovechamiento entre particulares. No es potestativo, es imperativo. Sin que el término “inscribirá” prejuzgue qué tipo de asiento, eso dependerá de los casos, podrá ser una inscripción, anotación preventiva o nota marginal.

e. Como colorario [sic] de estos argumentos a favor de la inscripción de la venta y la opción de compra de los aprovechamientos urbanísticos reseñados y contenidos en la Escritura Publica objeto de inscripción, hay que destacar la doctrina de la D.G.R.N., Resolución de 26 de junio de 2.006, publicado en el BOE el 19 de julio de 2.006, y la

Resolución del 10 de diciembre de 2.019, publicado en el BOE el 10 de marzo de 2.020, que así mismo invoca la Registradora, en la calificación recurrida, y que esta parte interpreta claramente a favor del acceso al Registro. (...)

II. Respecto de la calificación de la Registradora en lo referente a lo que denomina “ejercicio de opción de compra en firme”, la propia Escritura Pública transforma el negocio jurídico de opción de compra respecto de los derechos de aprovechamiento de un solar de entre mil cientos sesenta y un metros y mil doscientos metros cuadrados de superficie y cuatrocientos metros de techo, en una compraventa, con un “precio determinado” y una “forma de pago”.

En cuanto al defecto insubsanable de no acceso de los derechos urbanísticos, nos remitimos a los argumentos que la propia Dirección General de Registros y Notariado, en las Resoluciones citadas, entiende relativo a que debe prevalecer la Publicidad Registral, de cualquier negocio jurídico de carácter real, realizado válidamente y con todos los requisitos que prevee [sic] la Legislación Hipotecaria, para su acceso al Registro (título público, consentimiento, determinación de la finca, determinación de los derechos...).

En términos de defensa, esta parte entiende que si bien el negocio jurídico de compraventa es firme, tiene el carácter de preparatorio, en los términos utilizados por la Dirección General de Registros y Notariado que cita la propia Registradora en su calificación; ya que el negocio jurídico, no vendrá a gozar de plena consolidación hasta que la Reparcelación no quede aprobada definitivamente.

Por lo que dicho negocio hasta que la Reparcelación no sea firme, y haya provocado la apertura de un folio y finca registral independiente, tiene el carácter de “preparatorio”, hasta que se consoliden los derechos urbanísticos con la aprobación de la Reparcelación. Dicha Reparcelación va a transformar una finca registral de origen, en una o varias de resultado que recogerá el Proyecto de Reparcelación Forzosa o Voluntaria según los casos.

Y por tanto, y dado que este negocio jurídico, tiene todas las circunstancias que prevee [sic] la Legislación Hipotecaria, a juicio de esta parte, debe gozar de Publicidad Registral, bien por “anotación preventiva” o al menos, y estando regulado específicamente, por “nota marginal con folio independiente”, tal y como establece de forma rotunda la propia Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de fecha 14 de junio de 2.011 que se cita en la calificación denegatoria de la Registradora, y el artículo 39.4, último inciso del R.D.1093/97 de 4 de julio, de Publicidad Registral y Actos Urbanísticos y Derechos de Aprovechamiento. Si no se permitiera su acceso al Registro, se estaría conculcando el principio de seguridad jurídica y dejaría desamparado al adquirente de los mismos.

En todo caso debería existir algún tipo de Publicidad Registral a través de la “nota marginal” o de la propia “anotación preventiva”.

III. Respecto a la “calificación denegatoria del derecho de opción de compra”, en relación a la falta de “objeto”, esta parte se remite a lo expresado en los apartados anteriores. Y respecto a los defectos subsanables entiende esta parte, que el plazo está determinado ya que la Unidad de Ejecución 1 quedó aprobada el 4 de julio de 2019, según la Certificación del Ayuntamiento (...). Por lo que el plazo máximo de cuatro años no habría expirado, entendiéndose que el plazo máximo de la duración, sí que está determinado, y es ejercitable dentro de los seis meses siguientes desde la Aprobación de la Reparcelación, dentro del plazo máximo citado, de cuatro años, desde la aprobación definitiva del PGOU.

En cuanto al precio, es gratuito el derecho de opción concedido y el pago del precio, una vez ejercitado el derecho de opción, sería al contado, en los términos que recoge la citada Escritura Pública, en la que se constituye el derecho.

En este sentido, advertir lo dispuesto en el art 39.4 del RD 1093/1997 de 4 de julio, donde se establece que se pueden y deben inscribir los negocios jurídicos en que por cualquier título se transmitan derechos de aprovechamiento urbanístico antes de la aprobación de la Reparcelación o del Proyecto de Equidistribución.

La propia opción de compra establecida como negocio independiente, debería acceder al Registro bien por mención, o por nota marginal, en contra del criterio de la Registradora; y “pudiéndose concretar y subsanar”, si finalmente la Dirección General de Registros y Notariado mantuviera en todo o en parte, los criterios expresados del [sic] falta de concreción del derecho de opción.

Recordar igualmente la doctrina de la D.G.R.N. en Resolución de 10 de diciembre de 2019 que incluso permite el ejercicio unilateral de opción de compra así pactado.

IV. Conclusiones.

Primero.—En aras al principio de Fe Pública Registral, protección a terceros y seguridad del tráfico jurídico, los negocios jurídicos que contiene el título calificado, en este caso la Escritura Pública (venta y opción de compra de derechos de aprovechamiento urbanístico), deberían tener su acceso al Registro, bien vía “anotación”, y en todo caso por la “nota marginal”, prevista en el artículo 39.4 del RD 1093/97 de 4 de julio.

Segundo.—Se ha aportado Certificación del Ayuntamiento de Burjassot de fecha 16 de diciembre de 2.020 (...) que contiene la Ficha Urbanística de Gestión y Planeamiento y que expresa:

1. Que la Unidad de Ejecución 1 del PGOU de Burjassot, fue aprobada definitivamente, el 4 de julio de 2.019. Y los derechos de aprovechamiento de los inmuebles incluidos en ella se trasladan “ex lege”, a las fincas de resultado cuando se apruebe la Reparcelación.

2. Que la finca registral 1.071 y catastral 2175804YJ2727N0001SL, está afecta al desarrollo Urbanístico de la UE-1 del PGOU de Burjassot.

3. Que los derechos urbanísticos se concretan en el 1,3937 de los metros cuadrados totales de las fincas afectas o aportadas con un total de 36.226 m2 de techo-edificabilidad, de toda la UE-1.

4. Que los derechos de aprovechamientos mínimos de la finca registral 1071 serán un mínimo de 1.654,32 m2 cuadrados de techo o edificabilidad (1.187 m2 de superficie por el aprovechamiento fijado del 1,3937), con independencia de los que se atribuyan a la construcción existente en la finca.

5. Que dichos derechos urbanísticos se concretarán en la Reparcelación en una o varias fincas de resultado, del 51,46% de edificabilidad terciaria y el 48,54% de edificabilidad residencial, o la que finalmente recoja el Proyecto de Reparcelación.

6. Que tales derechos urbanísticos deberían gozar de Publicidad Registral, habida cuenta que “los negocios preparatorios”, traslativos de todo o parte del dominio (venta, opción de compra), que ya se han celebrado, y que se recogen en la Escritura Pública calificada por la Sra. Registradora del Registro de Burjassot, cuya calificación es objeto del presente recurso gubernativo.

Tercero.—Por tanto, y dado que, la escritura Pública de elevación a Público de contrato de Opción de Compra, modificativa o novatoria del contrato privado, en los términos contenidos en la estipulación Primera de dicha escritura (páginas 7 y 8), recoge dos negocios jurídicos susceptibles de inscripción (con el requisito de forma, escritura Pública, y fondo, al contener una venta y una constitución de un derecho de opción de compra), y teniendo en cuenta la concreción y el objeto cierto, de tales negocios jurídicos por todo lo expuesto en el apartado anterior, procedería a juicio del recurrente, la estimación del presente recurso, revocando la calificación de la Sra. Registradora, y en este sentido,

1. Anotando bien por nota marginal, en folio independiente, la inscripción de la venta en firme de los derechos de aprovechamiento urbanísticos, con precio y formas de pago y con las demás circunstancias del título público referenciado.

2. Anotar o acceder por nota marginal y en folio independiente la constitución del derecho de opción de compra, gratuito, pero con plazo de ejercicio y de inicio, y precio

final determinado. Si bien, respecto de éste último, podrían subsanarse los defectos indicados en la calificación de la Sra. Registradora, si la Dirección General de Registros y Notariado así lo considera, aunque esta parte recurrente, no lo considera necesario por contener todos los requisitos de validez y condiciones de acceso a la Publicidad Registral.

Y ello, por tratarse de actos preparatorios de los derechos que se consolidarán definitivamente cuando se apruebe definitivamente la Reparcelación, en una o varias fincas independientes, y en pleno dominio o en proindiviso, cuando el Ayuntamiento de Burjassot apruebe definitivamente la Reparcelación Forzosa o Voluntaria, pactada por todos los propietarios afectados.

Por lo expuesto, esta parte solicita, se tenga por presentado este recurso gubernativo, junto con los documentos que se acompañan, frente a la calificación realizada por la Sra. Registradora del Registro de Burjassot, de fecha 28 de enero de 2021, en relación con la Escritura de Elevación a Público de Contrato Privado Novatorio y Modificativo de condiciones esenciales del mismo contrato, autorizada por Don José Fito Martí, Notario de Burjassot, el día 1 de agosto de 2013, Protocolo 1016/13, y se acceda a lo solicitado en el mismo, procediéndose a la inscripción por nota marginal, o anotación, de los negocios jurídicos, esto es venta y opción de compra, contenidos en dicha Escritura.»

IV

La registradora de la Propiedad formó expediente y lo elevó a este Centro Directivo, haciendo constar en su informe que mantenía los defectos señalados «salvo en cuanto a la denegación de anotación por defectos subsanables» relativa únicamente a la inscripción del derecho de opción de compra.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 21, 23 y 30 de la Ley Hipotecaria; 14 y 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, 23, 26, 65.1e) 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; 74, 77, 78, 82 y 79, 93 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana; 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, 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, 13 de abril y 22 de julio de 2016, 17 de marzo de 2017 y 11 de junio de 2018.

1. Se plantea en el presente expediente la inscripción de una escritura de elevación a público y modificación de un contrato privado de opción de compra en la que concurren las siguientes circunstancias:

– El negocio se refiere a la finca registral 1.071 del Registro de Burjassot, descrita como urbana situada en el ensanche del pueblo y con una superficie de 1.187 metros cuadrados en cuya parte central existe una casa de habitación y recreo. La finca se encuentra gravada con una hipoteca a favor de «Banco Popular Español, S.A.».

– En virtud del contrato privado y su modificación que formalizan en la escritura las partes estipulan lo siguiente: en primer lugar, la venta de los derechos de aprovechamiento urbanístico que a la finca descrita le correspondan en la Unidad de

Ejecución 1 del Plan General de Ordenación Urbana únicamente los que se concreten en un solar de entre 1.161 y 1.200 metros cuadrados de superficie y 400 metros cuadrados de techo destinados a estación de servicio y usos complementarios, siempre que quede un resto de finca de 500 metros cuadrados de solar de uso terciario compatible con el residencial y una edificabilidad de 1.380 metros cuadrados de techo. Se estipula además una condición resolutoria de la compraventa al condicionarse a que en el plazo de tres años desde la fecha de la escritura la Unidad de Ejecución 1 del Plan General de Ordenación Urbana se desarrolle y en la misma se reconozcan a la finca descrita los derechos urbanísticos concretados en dos parcelas solares con las características mencionadas; en segundo lugar, la concesión de una opción de compra por un precio alzado, una vez firme la reparcelación, sobre el solar resultante de la misma descrito anteriormente con 500 metros cuadrados de solar de uso terciario compatible con el residencial y una edificabilidad de 1.380 metros cuadrados de techo, a ejercitar en un plazo de seis meses desde la aprobación de la reparcelación.

– Se incorpora un informe municipal sobre la posibilidad de implantación de estación de servicio en la zona de uso terciario de la unidad y otro informe municipal sobre las condiciones urbanísticas de la finca registral 1.071, certificando que la misma se encuentra adscrita a la Unidad de Ejecución 1, que la totalidad de la misma está calificada por el Plan General de Ordenación Urbana como (...) y que los derechos urbanísticos que le corresponden a la misma en el desarrollo futuro de la unidad quedan regulados en la Ficha de Planeamiento y Gestión que se adjunta donde constan los parámetros urbanísticos y edificatorios de la unidad y en concreto de la zona de uso terciario. También certifica que no se está elaborando ninguna modificación que pudiera afectar al informe.

La registradora, resumidamente, expone los siguientes defectos impeditivos de la inscripción que exponemos numeradamente:

– Primero: Suspende la inscripción del ejercicio de la opción por no constituir un supuesto de acto preparatorio del negocio sobre el aprovechamiento, si no su transmisión, y no resultando posible la apertura de folio registral por no darse ninguno de los supuestos del artículo 39 del Real Decreto 1093/1997. Considera que la inscripción, por exigencias del principio de folio real, y dado que la transmisión del aprovechamiento no puede abrir folio registral al no tratarse del supuesto de hecho al que se refiere el artículo 43 del Real Decreto 1093/1997, sólo podrá tener lugar cuando se inscriban las fincas resultantes, en las que se materializará el aprovechamiento sobre el que se constituyó la opción.

– Segundo: Considera que las transferencias de aprovechamiento urbanístico requieren autorización administrativa conforme a los artículos 37 del Real Decreto 1093/1997 y 78 de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, y el consentimiento de los titulares inscritos o anotados de acuerdo con el artículo 33 de Real Decreto 1093/1997, no cual no se acredita en la escritura.

– Tercero: Sólo podría reflejarse en el registro la fase de opción sobre los aprovechamientos urbanísticos, para lo que se considera necesario consentimiento expreso, para no desvirtuar el contrato celebrado por las partes, y por exigencias del artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

– Cuarto: No se identifica el objeto del presente contrato, puesto que no consta previamente inscrito los derechos de aprovechamiento sobre la finca de origen que son objeto de transmisión. Pues no se certifica sobre el aprovechamiento que corresponde a la registral 1.071, ni se ordena la extensión de la nota marginal de expedición de certificación de titularidad y cargas a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997 ni correspondientes de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana.

– Quinto: Respecto al derecho de opción, sobre la finca resultante una vez firme la reparcelación, de una superficie de 500 metros cuadrados de suelo y 1.380 metros

cuadrados de techo, se considera necesario determinar un plazo máximo que no exceda de 4 años conforme al artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

– Sexto: Tampoco queda determinado suficientemente si el precio que consta reflejado en la escritura se refiere a la concesión de la opción o a la futura venta, siendo este necesario para su inscripción conforme al citado precepto.

– Séptimo: No se da el requisito del convenio expreso de las partes para que se inscriba.

Dichos defectos los considera subsanables, si bien la inscripción del derecho de opción, y la venta del aprovechamiento urbanístico, adolecen del mismo defecto insubsanable: la falta de inscripción previa de los derechos de aprovechamiento urbanístico que corresponden a la finca, y por esta razón no se practica la anotación preventiva de suspensión solicitada por la presentante en su escrito de fecha 7 de enero de 2021.

La registradora mantiene íntegramente los defectos señalados salvo en lo relativo a la denegación de la anotación por defectos subsanables de la inscripción del derecho de opción de compra al considerar no ser necesaria la previa inscripción del aprovechamiento como defecto insubsanable.

2. Antes de entrar a examinar los defectos objeto de este expediente procede recordar la doctrina de este Centro Directivo en relación con el aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho -vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»-.

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 trataban, 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 -cfr. artículo 68 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana-.

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.

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 o transmisión 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.

En el caso de la Comunidad Valenciana se contempla como una técnica operativa de gestión en los artículos 68, 77, 78 y 79 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, por lo que en dicho ámbito autonómico deben diferenciarse los negocios de transferencia como técnica equidistributiva y los negocios civiles patrimoniales que tengan por objeto la adquisición de aprovechamiento -cfr. la sentencia de 16 de abril de 2018 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana-.

4. Desde el punto de vista registral, 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).

Por su parte, de forma diferenciada a la denominada transferencia de aprovechamiento, el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997 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. Desarrollándose su régimen registral en los artículos 40 a 44 del Real Decreto.

5. Esta Dirección General ha conocido distintos supuestos en que pueden acceder al Registro de la Propiedad negocios o actos jurídicos que tengan por objeto el aprovechamiento urbanístico 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.

Por ello, es posible que tales actos 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). Si bien, la posterior Resolución de 11 de junio de 2018 analiza los problemas registrales de la adjudicación derivada de dicho embargo.

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.

En el supuesto de la Resolución de 26 de junio de 2006, se admitió la inscripción de la venta de unos derechos de aprovechamiento urbanísticos correspondientes a un Ayuntamiento a favor de una sociedad mercantil, 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 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía).

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 correcto, conforme a la legislación aplicable, el aprovechamiento atribuido a la finca aportada, 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.

Finalmente, la Resolución de 17 de marzo de 2017 analiza la posibilidad de apertura de folio independiente a un aprovechamiento urbanístico que ha de materializarse exclusivamente sobre la finca a la que corresponde, concluyendo al respecto que fuera de los supuestos tasados en que se 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. Pues, 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, 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-.

De la doctrina sentada por este Centro Directivo pueden extraerse una serie de conclusiones que permiten comprender el régimen registral del aprovechamiento urbanístico cuando es objeto de negociación con independencia de la finca del que deriva.

En primer lugar, debe diferenciarse el negocio civil de transmisión del negocio de transferencia como técnica equidistributiva entre fincas. El primero es posible conforme a las normas generales civiles mientras que el segundo únicamente cuando lo permita la respectiva legislación autonómica, como es el caso de la legislación valenciana. El Real Decreto 1093/1997 contempla la transmisión en los artículos 39, 42.6 y 43 y la transferencia en los artículos 33 a 38, contemplando sólo para ésta la exigencia de autorización administrativa.

En segundo lugar, aunque se admita la validez civil del negocio de transmisión su acceso registral como finca independiente sólo será posible en los supuestos tasados reglamentariamente por lo que, en otro caso, para gozar de protección registral deberá acudir a los correspondientes títulos constitutivos de derechos reales limitados o de comunidad para los que la propia adquisición de aprovechamiento podrá servir de causa civil.

En cualquier caso, tanto en transmisión como en transferencia es indispensable cumplir las exigencias derivadas de los principios hipotecarios, entre ellos, el de especialidad en el sentido de que el aprovechamiento que pretenda inscribirse esté determinado y acreditado de modo objetivo.

Así, en el caso de una transferencia de finca a finca, contemplada por la legislación aplicable, será indispensable que la Administración urbanística autorice y acredite las unidades de aprovechamiento transmitido e incluso la previa inscripción en el registro administrativo, cuando sea exigible con arreglo a la misma.

En cambio, en el caso de transmisión de los derechos de aprovechamiento que puedan corresponder a una finca incluida en todo o parte en una unidad de ejecución llamados en principio a materializarse en una o varias fincas de resultado con la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución, ordinariamente no podrá acreditarse el aprovechamiento que corresponda concretamente a la finca hasta la elaboración y aprobación del proyecto pues es en este momento en el que quedan cuantificados y ponderados objetivamente los respectivos derechos de cada uno de los propietarios afectados.

Respecto a la forma de acreditación de las concretas unidades de aprovechamiento subjetivo que puedan corresponder al propietario de una finca incluida en una determinada unidad de actuación debe mantenerse la competencia de la Administración urbanística como órgano responsable de la aplicación del planeamiento y tratarse de un elemento patrimonial que si bien deriva de la titularidad dominical el mismo es determinado por el planeamiento aplicable.

Ello no planteará especial problema cuando se trate de aprovechamientos reconocidos por la Administración -cfr. artículo 39.2 del Real Decreto 1093/1997 o

artículo 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto- pero en otro caso aunque pueda admitirse la posibilidad teórica de transmitir a tercero todo o parte del aprovechamiento asociado a una determinada finca en el caso de actuaciones sistemáticas el mismo se encuentra sometido a una natural indeterminación hasta su concreción en el instrumento de equidistribución que por su carácter integrado impone ponderar y mensurar los derechos de los propietarios respectivos.

Así se comprende que en la mayoría de las ocasiones dichos negocios de transmisión aparezcan contemplados en el propio proyecto acompañando la correspondiente escritura de compraventa otorgada antes de su aprobación definitiva permitiendo cumplir el tracto sucesivo y motivando la apertura de su correspondiente folio propio que será cerrado con la inscripción conjunta del título de equidistribución -cfr. artículo 43-.

Pero dada la frecuente indeterminación objetiva de que adolece el negocio de transmisión de aprovechamiento derivado de una finca incluida en una unidad de ejecución hasta la elaboración del proyecto de ejecución privada la forma habitual de configuración negocial es la transmisión de cuota indivisa de dominio con apoderamiento irrevocable a favor del comprador para intervenir en el proyecto permitiendo su acceso inmediato al Registro de la Propiedad, lo que a su vez permite salvar los eventuales inconvenientes derivados de la suspensión de licencias de parcelación y la consecuente imposibilidad de dividir o segregar.

También será posible la inscripción registral de un acto preparatorio, antes de que pueda dar lugar a la apertura de folio independiente, como es el derecho de opción de compra sobre el aprovechamiento que esté suficientemente determinado, bien porque se acredite, bien porque se refiera a la totalidad del aprovechamiento que pueda corresponder a la finca en una concreta actuación pues en este caso no hay duda alguna del objeto al que se refiere aunque sea en este caso de concreción futura- caso de la Resolución de 23 de octubre de 2001-.

En definitiva, como se ha expuesto con anterioridad, quien perfila como objeto de un contrato este tipo de derechos, está introduciendo importantes elementos de incertidumbre en el contrato, con un importante componente aleatorio, con una carga de riesgo y con una notable indeterminación temporal, tanto en la definitiva concreción de los derechos como la definitiva materialización de los mismos, lo que en ocasiones impedirá acreditar los requisitos que permiten su acceso registral autónomo en los casos tasados que contempla el Real Decreto 1093/1997.

6. Pasando a analizar los defectos objeto del presente expediente, se plantea en primer lugar si en el presente caso estamos ante uno de los supuestos del artículo 39 del Real Decreto 1093/1997 en los que resulta posible la apertura de folio registral propio al aprovechamiento.

En el presente supuesto se trata de la venta de los derechos de aprovechamiento urbanístico que a la finca descrita le correspondan en la Unidad de Ejecución 1 del Plan General de Ordenación Urbana únicamente los que se concreten en un solar de entre 1.161 y 1.200 metros cuadrados de superficie y 400 metros cuadrados de techo destinados a estación de servicio y usos complementarios, acompañando un informe municipal sobre la posibilidad de implantación de estación de servicio en la zona de uso terciario de la unidad y otro informe municipal sobre las condiciones urbanísticas de la finca registral 1.071, certificando que la misma se encuentra adscrita a la UE 1, que la totalidad de la misma está calificada por el Plan General de Ordenación Urbana como (...) y que los derechos urbanísticos que le corresponden a la misma en el desarrollo futuro de la unidad quedan regulados en la Ficha de Planeamiento y Gestión que se adjunta donde constan los parámetros urbanísticos y edificatorios de la unidad y en concreto de la zona de uso terciario. También certifica que la unidad de gestión mediante un programa de actuación integrada regulado en la ley urbanística.

El artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997 permite la apertura de folio independiente al aprovechamiento, entre otros supuestos, cuando: «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».

Por tanto, exige varios requisitos cumulativos: que se trate de una actuación sistemática, que sea un sistema de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares y que la transmisión se verifique antes de la aprobación definitiva del proyecto.

En el presente caso, como resulta del certificado aportado, resulta acreditado que se trata de una actuación sistemática o integrada, en la medida que se ha delimitado la unidad de ejecución y la finca constituye un elemento adscrito a la misma y que se va a gestionar por un programa de actuación integrada regulado en la ley urbanística -cfr. artículos 69 y 113 y siguientes de la Ley 5/2014-.

Sin embargo, no resulta acreditado que se trate de un sistema de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares pues como resulta de la ficha urbanística aportada las condiciones de gestión se limitan a prever que pueda ser directa o indirecta en cualquiera de sus modalidades -artículo 113 de la ley autonómica- incluyendo por tanto la gestión pública directa o indirecta, además de la gestión por los propietarios.

Además no se concretan las unidades de aprovechamiento que se transmiten lo que resulta esencial en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 en relación al 33 del Real Decreto, sin que sea suficiente la remisión a la ficha de planeamiento o gestión que se incorpora pues la misma se limita a definir la superficie global computable de la unidad, la edificabilidad total por usos, su respectivo coeficiente de ponderación y finalmente el aprovechamiento tipo del área de reparto, de carácter provisional, y que el aprovechamiento subjetivo es del 95%.

Como resulta de la definición contenida en el artículo 68.4 de la ley, el aprovechamiento tipo es la edificabilidad unitaria, ponderada, en su caso, con los correspondientes coeficientes correctores, que el planeamiento establece para todos los terrenos comprendidos en una misma área de reparto, y el aprovechamiento subjetivo el susceptible de apropiación por los propietarios, que resulta de restar del aprovechamiento tipo el porcentaje de aprovechamiento que corresponde a la Administración.

Se trata por tanto de una cifra global para todos los propietarios incluidos en el área de reparto que debe ser ponderada en función de la participación respectiva de cada propietario incluido en una concreta unidad de actuación para hacer efectiva la justa distribución de beneficios y cargas lo que se consigue con la reparcelación -cfr. artículo 82-, partiendo de una objetiva cuantificación de su derecho basada en criterios legales en los que se da preferencia a la medición real efectuada en el proyecto -artículos 87.4 y 91.1.a).3.º-.

Por lo que se confirma el primero de los defectos al no resultar acreditado que se trata de un sistema de gestión privada ni las unidades de aprovechamiento que específicamente corresponden a la finca registral y por tanto a su propietario.

El mismo obstáculo concurre para la inscripción del derecho de opción al no precisar las unidades de aprovechamiento a que específicamente se refieren ni las que corresponden a la propia finca, sin que se refiera a la totalidad del aprovechamiento derivado de la misma como en el caso de la Resolución citada de 23 de octubre de 2001.

No siendo admisible tampoco su inscripción cuando se refiere a una determinada finca resultante de la reparcelación antes de su aprobación definitiva pues si bien puede ser objeto de contrato -artículo. 1271 Código Civil- su efectiva existencia con esas condiciones y atribución al titular se encuentra sometido a una «conditio iuris» de aprobación del proyecto -artículo 23 de la ley estatal- por lo que hasta entonces adolece de una indeterminación incompatible con las exigencias del principio de especialidad -artículos 9, 21 y 30 de la Ley Hipotecaria- y un marcado carácter obligacional que veda su acceso al Registro -artículo 9 del Reglamento Hipotecario-.

Por otra parte, aunque fuera procedente la apertura de folio, no se comparte la necesidad de consentimiento de los titulares inscritos o anotados de acuerdo con el artículo 33 del Real Decreto 1093/1997, al no tratarse de una transferencia entre fincas, quedando salvaguardados los derechos del acreedor hipotecario conforme a las reglas generales de los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria.

Tampoco resulta exigible en este caso la autorización administrativa prevista en los artículos 37 del Real Decreto 1093/1997 y 78 de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, al tratarse en este caso de una transmisión civil de aprovechamiento y no una técnica de gestión urbanística.

Como resulta del citado artículo 78 en relación con el artículo 68, último párrafo, de la norma autonómica, la autorización es exigible para la transferencia de aprovechamiento subjetivo del propietario de una finca a otra finca, pero no para el negocio civil de transmisión de su posición patrimonial a otro sujeto -artículo 1112 del Código Civil-.

De igual modo, tampoco es condición necesaria de aplicación del artículo 39.4 del Real Decreto el que ordene la extensión de la nota marginal de expedición de certificación de titularidad y cargas a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, que es una nota de publicidad de carácter no constitutivo, aunque con otros importantes efectos jurídicos en la inscripción del proyecto.

7. En cuanto al plazo el artículo 14 del Reglamento Hipotecario considera esencial la determinación del plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

Sobre esta objeción es cierto que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario dispone que «será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: (...) Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento».

En vía de principios, de dicho precepto se deriva que para poder acceder a los libros registrales el derecho de opción debe estar necesariamente sujeto a plazo y este no debe exceder el de cuatro años, aunque es bien cierto que también el propio precepto permite un plazo superior en el supuesto de arrendamiento con opción de compra.

No obstante, como ya ha tenido ocasión de declarar este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 19 de mayo de 2016 y la reciente de 15 de marzo de 2021), un derecho de opción que forma una unidad con otro negocio jurídico distinto del arrendamiento o que se ejercita sobre un derecho real distinto del pleno dominio produce una dependencia que no puede ser ignorada por el ordenamiento jurídico. De otra forma sería imposible el avance y adaptación del derecho al devenir de los tiempos.

En todo caso, debe reunir los requisitos requeridos por el ordenamiento jurídico; fundamentalmente que exista una causa justificada y que se respeten las exigencias impuestas en favor de terceros por el sistema registral, con pleno respecto al principio de autonomía de la voluntad y a la libertad en la creación de nuevas formas jurídico-reales, exigiéndose que el derecho constituido tenga la suficiente claridad y certeza como para dotarla de efectos «erga omnes».

Podría decirse, por tanto, que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario impediría la inscripción de un derecho de opción por más de cuatro años, pero también cabe entender que cuando se trata de una opción complementaria de otra figura jurídica que lo admita, siempre que esté suficientemente delimitada, pueda acceder a los libros registrales configurada al amparo de los principios de libertad civil y «numerus apertus» en materia de derechos reales.

Este es el caso del presente recurso, pues esa complementariedad respecto del negocio principal haría inviable la opción si ésta se limitara estrictamente a cuatro años.

Así, respecto al derecho de opción sobre la finca resultante, una vez firme la reparcelación, de una superficie de 500 metros cuadrados de suelo y 1.380 metros

cuadrados de techo, la registradora considera necesario determinar un plazo máximo que no exceda de 4 años conforme al artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

Pero como se ha argumentado dicho límite temporal no resulta justificado cuando el derecho de opción es dependiente o vinculado a otro acto o negocio jurídico en el que encuentra su causa, como ocurre en este caso con la reparcelación, cuya aprobación definitiva constituye condición necesaria de ejercicio del derecho, por lo que resulta válido pactar el plazo de seis meses contados desde la aprobación del proyecto, estando perfectamente determinado el evento que define el inicio del cómputo. Por lo que este defecto debe ser revocado.

No se confirma tampoco el defecto relativo a la exigencia de aclaración en el título inscribible del precio de ejercicio de la opción y si, en su caso, es diferente al de la eventual concesión, como requisito esencial que impone el artículo 14 del Reglamento pues de la propia escritura resulta que no se ha estipulado precio alguno para la concesión de la opción.

Procede confirmar, en cambio, el defecto relativo al objeto del derecho de opción no siendo admisible que se refiera a una finca carente de existencia actual sino a una eventual resultante de la reparcelación.

Sí lo sería en caso de referirse al aprovechamiento que corresponda a la finca si resulta debidamente acreditado, como se ha argumentado anteriormente, en cuyo caso podría ejercerse antes de la aprobación del proyecto y luego materializarse con la aprobación definitiva, por subrogación real, sobre la respectiva finca adjudicada.

Por tanto, sí sería admisible en caso de referirse al aprovechamiento correspondiente si resulta acreditado o se refiere a la totalidad del que corresponda a la finca, lo que no ocurre en este caso que sólo se refiere a parte del mismo, en concreto el que pueda derivar en la adjudicación de una parcela de quinientos metros cuadrados de suelo, con mil trescientos ochenta metros cuadrados de techo ámbito de la unidad de ejecución, con uso terciario compatible con residencial lo que, como se ha expuesto, no resulta acreditado con las fichas de gestión aportadas.

Por otra parte, de ser inscribible el derecho de opción, resulta necesario también el convenio expreso de las partes para que se inscriba, como señala el propio artículo 14 del Reglamento.

Finalmente, frente a la calificación de la registradora de insubsanable de algunos de los defectos expuestos, se considera que todos ellos tienen el carácter de subsanables mediante la acreditación exigida en cada caso en los términos que se han expuesto anteriormente.

Por lo que únicamente son revocados los defectos relativos a la exigencia de autorización administrativa y del consentimiento de los titulares inscritos o anotados, el del plazo del derecho de opción y el relativo a la necesidad de determinar si el precio que consta reflejado en la escritura se refiere a la concesión de la opción o a la futura venta. El resto de defectos son mantenidos con el carácter de subsanables.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada respecto a los defectos segundo, quinto y sexto, y desestimar el recurso y confirmar la calificación respecto a los defectos primero, tercero, cuarto y séptimo en los términos expuestos en los fundamentos anteriores.

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, 25 de mayo de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.